प्रकाशन संख्या १०८

राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल
मनमैंजू, काठमाडौं
फोन नं. ९७७-१-४०२७४४५/४०२७४५१ फ्याक्स नं. ९७७-१-४०२७१४०
पोष्ट बक्स नं. २४८६५
Email: info@njanepal.org.np
URL: www.njanepal.org.np

करार तथा दुष्कृति कानूनसम्बन्धी विशेषाङ्क

करार तथा दुष्कृति कानूनसम्बन्धी विशेषाङ्क

राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल
मनमैंजू, काठमाडौं

करार तथा दुष्कृति कानूनसम्बन्धी विशेषाङ्क

राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल
मनभैंजू

भाग १

करार कानून

सम्पादक मण्डल

माननीय न्यायाधीश श्री अनिल कुमार सिन्हा, सर्वोच्च अदालत

माननीय जिल्ला न्यायाधीश श्री कैलाशप्रसाद सुवेदी, पूर्व फ्याकल्टी, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान

अनुसन्धान अधिकृत श्री करुणा थपलिया, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान

भाग २

दुष्कृति सम्बन्धी कानून

सम्पादक मण्डल

माननीय न्यायाधीश डा. श्री आनन्दमोहन भट्टराई, सर्वोच्च अदालत

माननीय जिल्ला न्यायाधीश डा. श्री दिवाकर भट्ट, फ्याकल्टी, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान

प्रशिक्षण अधिकृत श्री कविता सिलवाल, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान

सर्वाधिकारः **राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल**

प्रकाशन प्रतिः **५०० प्रति**

प्रकाशकः **राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल**

प्रकाशन मितिः

मुद्रकः

पुनश्चः यसमा समावेश भएका विषयवस्तु तथा विचारहरु लेखकहरुले तयार गरेका हुन् । लेखमा प्रस्तुत विचार लेखकका निजी हुन् । त्यसले यस प्रतिष्ठान तथा सम्पादकहरुको भनाई तथा विचारको प्रतिनिधित्व गर्दैन ।

प्राक्कथन

राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान न्याय र कानूनको क्षेत्रमा कार्यरत जनशक्तिको व्यावसायिक क्षमता अभिवृद्धि गर्ने कार्यमा निरन्तर प्रयासरत छ। प्रतिष्ठानद्वारा विगतका वर्षहरुदेखि नै विभिन्न विषयमा अध्ययन अनुसन्धान तथा प्रकाशन हुने कार्यसमेत भई आएको छ। मुलुकमा तत्काल बहाल रहेका कानून परिवर्तन भई नयाँ संहितावद्ध कानून जारी भएको छ। जारी भएका कानून विषयमा पर्याप्त अध्ययन अनुसन्धान हुन सकेको छैन। परिणामतः विषयवस्तुको बुझाई र अभ्यासमा समेत विविधता देखिन थालेको छ। यही अध्ययन अनुसन्धान कार्यको निरन्तरता स्वरुप वर्तमान मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ ले समेटेको करार तथा दुष्कृति सम्वन्धी कानूनी व्यवस्थाको सैद्धान्तिक तथा व्यावहारिक पक्षमा यो अध्ययन गरिएको हो। सर्वोच्च अदालतवाट भएका करार तथा दुष्कृति सम्वन्धी फैसलाको विवेचना, यसका सैद्धान्तिक तथा व्यवहारिक पक्ष र दायित्व सम्वन्धमा विभिन्न लेखहरु तयार भएका छन्। देवानी संहिताले समेटेको ती कानूनी प्रावधानहरु के कुन रुपमा व्यवहारमा प्रयोग भई रहेका छन् र यस विषयमा कसरी व्याख्या विवेचना भएको छ भन्ने बारेमा सबै न्याय क्षेत्रमा संलग्न जनशक्तिहरुलाई जानकारी गराउन सकियोस् भन्ने उद्देश्यले यो करार र दुष्कृति कानूनसम्वन्धी विशेषाङ्क, २०७८ नामक अनुसन्धानमूलक विशेषाङ्क प्रकाशन गरिएको हो।

यिनै सन्दर्भलाई समेटी करार कानून सम्वन्धमा करारको अवधारणा र वैधानिकता, करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणा, नेपालमा यसको प्रयोग र भविष्यको रुपरेखा, करार कानूनको मस्यौदाको पृष्ठभूमि र आधार, नासो, धरौट, हायर पर्चेज र लिज करार जस्ता उपयोगी लेखहरु यस विशेषाङ्कमा छन्। दुष्कृति अन्तर्गत दुष्कृति सम्वन्धी अवधारणा र क्षेत्र चिकित्सकीय लापरवाही र दुष्कृति, विशुद्ध हानी नोक्सानी, दुष्कृतिजन्य दायित्व तथा सो सम्वन्धमा सर्वोच्च अदालतवाट प्रतिपादित सिद्धान्तलाई प्राज्ञिक दृष्टिकोणवाट विवेचना पनि यस विशेषाङ्कमा गरिएको छ।

प्रस्तुत विशेषाङ्कका लागि संकलित लेखहरुको पुनरावलोकन गरी प्रकाशन योग्य वनाउने कार्यमा संलग्न हुनु हुने यस विशेषाङ्कका प्रधान सम्पादक सर्वोच्च अदालतका माननीय न्यायाधीश डा. श्री आनन्दमोहन भट्टराई तथा माननीय न्यायाधीश श्री अनिल कुमार सिन्हा र सम्पादक द्वय यस प्रतिष्ठानका फ्याकल्टी माननीय जिल्ला न्यायाधीश श्री कैलाशप्रसाद सुवेदी र डा. श्री दिवाकर भट्ट तथा अनुसन्धान अधिकृत श्री करुणा थपलिया र प्रशिक्षण अधिकृत श्री कविता सिलवाललाई धन्यवाद दिन चाहन्छु। साथै अध्ययनको सन्दर्भमा संयोजन तथा व्यवस्थापन गर्ने प्रतिष्ठानका निर्देशक श्री श्रीकृष्ण मुल्मीलाई

मनमैजु, काठमाडौं
फोन नं.: +१-४०२७४४९, +१-४०२७४५१
फ्याक्स +१-४०२७१४०
पोष्ट बक्स नं.: २४८६५

E-mail : info@njanepal.org.np
URL: www.njanepal.org.np

Manamaiju, Kathmandu
Ph.: +1-4027449, +1-4027451
Fax: +1-4027140
Post Box No: 24865

राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल
National Judicial Academy, Nepal
(Estd. under the National Judicial Academy Act, 2006)
"Center of Excellence for Judicial Education."

धन्यवाद दिन चाहन्छु। त्यसैगरी आफ्नो कार्य व्यस्तताका वावजुद राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठानको यस प्रकाशनका अनुसन्धानमूलक लेख प्रदान गराई सहयोग गर्नु हुने सम्पूर्ण लेखकहरुमा हार्दिक धन्यवाद दिन चाहन्छु। प्रस्तुत करार र दुष्कृति कानूनसम्वन्धी विशेषाङ्कको प्रकाशनको अध्ययनवाट न्यायाधीश, कानून व्यवसायी, प्राध्यापक, अनुसन्धानकर्ता, विद्यार्थी र सरोकार राख्ने जोसुकैलाई पनि उपयोगी हुनेछ भन्ने प्रतिष्ठानले विश्वास लिएको छ।

वैद्यनाथ उपाध्याय
कार्यकारी निर्देशक

२०७८ असार

मनमैजु, काठमाडौं
फोन नं.: +१-४०२७४४९, +१-४०२७४५१
फ्याक्स +१-४०२७१४०
पोष्ट बक्स नं.: २४८६५

E-mail : info@njanepal.org.np
URL: www.njanepal.org.np

Manamaiju, Kathmandu
Ph.: +1-4027449, +1-4027451
Fax: +1-4027140
Post Box No: 24865

विषयसूची

भाग १

करार कानून

		पेज नं.
१.	करारको अवधारणा र वैधानिकता विमल सुबेदी / आवेश अधिकारी	१
२.	करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणा, हाम्रो प्रयोग र भविष्यको रुपरेखा डा. आनन्द मोहन भट्टराई	३१
३.	करार कानूनका व्यवस्था, मस्यौदाको पृष्ठभूमि र आधार माधव पौडेल	४१
४.	नासो, धरौट, हायर पर्चेज र लिज करार ऋषिकेश वाग्ले	७५

भाग २

दुष्कृति सम्बन्धी कानून

१.	संविधान, क्षतिपूर्ण र दुष्कृति डा. आनन्द मोहन भट्टराई	९९
२.	दुष्कृति कानूनको अवधारणा र प्रयोगको दायरा डा. नारायण प्रसाद घिमिरे	१४३
३.	नेपालको दुष्कृतिजन्य दायित्व सम्बन्धमा न्यायिक दृष्टिकोण महेश शर्मा पौडेल	१६३
४.	उपचारमा लापर्बाही डा. खुशी प्रसाद थारु	१९३
५.	दुष्कृतिजन्य दायित्व अन्तर्गत विशुद्ध आर्थिक हानि नोक्सानीको दायित्व कैलाशप्रसाद सुवेदी	२१७
६.	सार्वजनिक र निजी प्रकृतिको उपद्रव उमेश कोइराला	२५७
७.	दुष्कृति (अपकृत्य) मा दायित्व डा. राजेन्द्र कुमार आचार्य	२८३

भाग १

करार कानून

करारको अवधारणा र वैधानिकता

विमल सुबेदी [1]

आवेश अधिकारी [2]

१. विषय प्रवेश

समाजमा हुने कारोबारमा व्यक्तिहरुले गरेका उचित बोलकबोल र सहमतिहरू पूरा गर्न लगाउनको लागि वैधानिकता प्रदान गर्ने क्रममा करारसम्बन्धी कानूनको विकास भएको पाइन्छ। आर्थिक र औद्योगिक रुपले छोटो समयमा असीम विकास गरेका देशहरुमा करार कानूनको अत्यधिक र विस्तृत रुपमा परिमार्जन र विकास भएको छ । मानिस सामाजिक प्राणी भएकाले एकअर्काको सहयोग अपरिहार्य रहने हुँदा दैनिक जीवनमा आई पर्ने अनेकौ व्यवहारलाई सम्झौता र सहमतिका माध्यमबाट पूरा गर्नुपर्ने हुन्छ । ती सम्झौताहरुमध्येका केही सम्झौताहरु त्यो सम्झौता गर्ने व्यक्तिले बाध्यात्मक रुपमा पालना गर्नुपर्ने हुन्छ भने केही सम्झौताहरु आपसी सहमतिमा मात्र अडेको हुन्छ । यसरी व्यक्तिहरुका बीचमा केही गर्न वा नगर्नका लागि भएको सहमति जुन बाध्यात्मक रुपमा ती व्यक्तिहरुका लागि बन्धनकारी (Enforceable) हुन्छ, त्यसलाई हामी करार (Contract) भनेर बुझ्दछौ ।

करारले पूर्णता पाउनका लागि कानूनले वैधानिकता प्रदान गरेको हुनै पर्छ । यस अर्थमा कानूनी रुपमा करारलाई कुनै एक व्यक्तिले अर्को व्यक्तिलाई केही काम गर्न वा नगर्न भनी सो काम अनुरूपको फलोपभोग गर्न सुनिश्चितता प्रदान गर्ने मान्यता प्राप्त एक सहमति वा सम्झौता हो भनेर वुझ्न सकिन्छ । यसरी सम्झौतामा रहेका दुबै पक्षलाई कानूनले अधिकार सँगसँगै दायित्व पनि बोध गराउने भएका कारणले यसको बिधिवत अन्त्य नभएसम्म करार गर्ने पक्षहरु आफू-आफूद्वारा पूरा गर्नुपर्ने दायित्वमा बाधिएका हुन्छन् ।

२. करार

सामान्यतयाः दुई वा दुईभन्दा बढी व्यक्तिहरूबीचको पारस्परिक सहमतिलाई करार भनेर वुझिन्छ । प्रचलित मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०४ ले दुई वा दुईभन्दा बढी व्यक्तिहरुबीच कुनै काम गर्न वा नगर्नको लागि कानूनबमोजिम कार्यान्वयन गर्न सकिने कुनै सम्झौता भएमा करार भएको मानिनेछ भन्ने उल्लेख भएको पाइन्छ । यस अर्थमा कानूनी रुपमा एक व्यक्तिले अर्को व्यक्तिलाई केही काम गर्न वा नगर्न भनिएबापत सो काम अनुरूपको फलोपभोग गर्न सुनिश्चितता प्रदान गर्ने एक सहमति वा सम्झौतालाई करार भनेर बुझ्न सकिन्छ । यस्ता सम्झौताहरु कुनै कानूनद्वारा प्रवर्तनीय (Enforceable by Law) हुन्छन् भने कुनै विश्वास र व्यवहारमा मात्र टिकेका हुन्छन् । कानूनले लागू गर्न नसक्ने सम्झौता, सम्झौता मात्र हुन् भने कानूनले लागू गर्न

---

[1] माननीय न्यायाधीश, उच्च अदालत पाटन

[2] अधिवक्ता

सक्ने सम्झौता मात्र करार हुन् । विधिशास्त्री Salmond ले "पक्षहरूबीच दायित्वको सिर्जना र परिभाषा गर्ने सम्झौता नै करार हो (A contract is an agreement creating and defining obligation between the parties.)" भनी करारलाई परिभाषित गरेको पाइन्छ ।

Anson द्वारा लिखित *Anson's Law of Contract*[3] मा करारलाई Promise अर्थात् प्रतिज्ञा र करार कानूनलाई "The law of contract may be provisionally described as that breach of law which determines the circumstances in which a promise shall be legally binding on the person making it." भनी उल्लेख गरिएको छ। त्यस्तै American Law Institute's Restatement Second of the Law of Contract[4] मा पनि "A contract is a promise or a set of promise for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty." भनी परिभाषित गरिएको छ । हाम्रो साबिकको करार ऐन, २०५६ को दफा २ (क) मा पनि करार भन्नाले दुई वा दुईभन्दा बढी पक्षहरुबीच कुनै काम गर्न वा नगर्नका लागि भएको कानूनबमोजिमको गर्न सकिने सम्झौता सम्झनुपर्दछ भन्ने उल्लेख भएको पाइन्छ । त्यस्तै सोभन्दा पहिले प्रचलित करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ को दफा २ (क) मा दुई वा दुईभन्दा बढी पक्षहरुका बीच कुनै काम गर्न वा नगर्नका लागि गरिएको मञ्जुरीलाई करार मानिएको थियो । भारतको करार ऐन, १८७२ को दफा २ (h) मा An agreement enforceable by law is a contract भनिएबाट कानूनद्वारा लागू हुने सम्झौतालाई करार भनेको पाइन्छ । त्यस्तै सोही ऐनको दफा १० मा All agreements are contracts if they are made by the free consent of parties competent to contract, for a lawful consideration and with a lawful object, and are not hereby expressly declared to be void. भनी उल्लेख भएको पाइन्छ ।[5] यसको ब्याख्या स्वरुप B.K Jobanputra V. B.S Kalelkar को मुद्दामा Bombay High Court ले it would thus be seen that all agreements are not contracts. Only the agreements described in section 10 of the Indian Contract Act are contracts and the essential feature of a contract is that it is an agreement between the parties. In other word, it is binding on persons who have arrived at or entered into the agreement. This is one of the essential features of a contract, apart from other essential features namely, that the parties must be competent to contract, their consent of the agreement must be of a free will, consideration for the contract must be lawful and the agreement itself must be for a lawful object[6] भनी उल्लेख गरेको छ । यसबाट के बुझिन्छ भने स्वतन्त्र रुपमा सक्षम व्यक्तिहरुवाट भएको सम्झौताको प्रावधानका आधारमा कानूनद्वारा कार्यान्वयन गर्न सकिने सहमतिलाई करार भन्न सकिन्छ । यसवाट करार र सम्झौताका बीचमा भिन्नता रहेको भन्ने देखिन्छ । त्यसैले करार र सम्झौताका बीचमा हुने भिन्नतालाई छुट्याउनु करार कानूनमा एक महत्त्वपूर्ण पाटो रहिआएको छ । करारभन्दा विस्तृत क्षेत्र समेट्ने सम्झौताले कानूनी दायित्व सिर्जना गर्नैपर्छ भन्ने बाध्यता हुँदैन । सबै सम्झौताहरू करार हुँदैनन् । जुन सम्झौताले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्छन् त्यस्ता सम्झौताले

---

[3] Anson's Law of Contract, Oxford University Press , 29th Edition, 2010 p.2

[4] हेर्नुहोस् https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5318&context=ilj

[5] Indian Contract Act, 1872

[6] https://indiankanoon.org/doc/1129416/

मात्रै करारको रूपमा मान्यता पाउन सक्छन्। त्यसैले भनिन्छ, *All contracts are agreement but all agreements are not contract*[7] अर्थात् सबै करार सम्झौता हुन्, तर सबै सम्झौता करार होइनन् ।

करारका सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतले ***दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनी वि. नेपाल सरकार***[8] रहेको उत्प्रेषण मुद्दामा"*करार भनेको सम्बन्धित पक्षले आफूहरूबीच लागू हुने गरी स्वतन्त्र सहमतिमा गरेको कानूनबमोजिमको सम्झौता भएकाले करारका सर्तहरू सम्बन्धित पक्षका लागि बन्धनकारी हुन्छन् र ती शर्तहरूको पालना गर्नु करारका पक्षहरूको कानूनी दायित्व बन्ने हुँदा करार कानून सम्बन्धित करारका पक्षहरूलाई लागू हुने दायित्वसम्बन्धी कानून हो ।*" भनी व्याख्या गरेको पाइन्छ । यस अर्थमा करार भन्नाले पक्षहरूबीच बाध्यकारी[9] रुपमा लागू हुने स्वतन्त्र सहमतिमा भएको कानूनबमोजिमको सम्झौता भन्ने बुझ्न सकिन्छ ।

३. करार कानूनको ऐतिहासिक विकासक्रम

करार कानूनको विकासक्रमलाई हेर्दा, यसको इतिहास धेरै लामो रहेको पाइँदैन । विगत दुई सय वर्षभित्र नै विश्वका विभिन्न देशहरुमा करारसम्बन्धी आधुनिक कानूनको विकास भएको पाइन्छ । बेलायती कानूनको इतिहासलाई हेर्ने हो भने पनि १७५६ सम्म पनि करार कानून छुट्टै कानूनको रुपमा आएको पाइँदैन ।[10] सन् १७५६ मा William Blackstone को Commentaries on the Laws of England भन्ने पुस्तकमा गरिएको चर्चामा समेत करारका सम्बन्धमा कुनै उल्लेख नभएको अवस्थामा वेलायतमा सन् १८७४ मा मात्र छुट्टै कानूनको रुपमा आएको र भारतमा इस्टइन्डिया कम्पनीसँगको व्यापारिक कारोबारको लागि १८७२ मा भारतीय करार ऐन तर्जुमा गरेको पाइन्छ[11] भने नेपालमा वि.सं. १९१० सालमा बनेको मुलुकी ऐनले प्रथम पटक करारसम्बन्धी अवधारणालाई लिपिबद्ध गर्ने कार्य गरेको देखिन्छ । पैसा लिने दिने सम्बन्धमा उक्त ऐनको साहु-आसामीको महल र लेनदेन व्यवहारको महलमा विभिन्न व्यवस्था गरिएको थियो । उक्त ऐन वि.सं. १९९२ सालमा संशोधन हुँदा धर्मपुत्रको कागज र अचल सम्पत्तिको सट्टापट्टा वा बेचबिखन गर्दा लिखित सम्झौता गर्नुपर्ने र सो सम्झौता सम्बन्धित अड्डामा गई रजिष्ट्रेसन पास गर्नुपर्ने गरी रजिष्ट्रेसनको महल थपिएको पाइन्छ । तर रूपैयाँ पैसाको लेनदेन व्यवहार र अचल सम्पत्तिको किनबेच आदि बाहेक अन्य कारोबारका विषयमा लागू हुने गरी भने वि.सं. २०२० को मुलुकी ऐन पश्चात् मात्र करारको अवधारणाबमोजिमको कानूनी व्यवस्था भए गरेको देखिन्छ ।[12]

यसरी २०२० साल भाद्र १ गतेदेखि लागू भएको मुलुकी ऐन, लेनदेन व्यबहारको १ नम्बरमा, लेनदेन व्यवहार गर्दा कानूनबमोजिम लिखित रुपमा भएको व्यवहारलाई मात्र कानूनी मान्यता दिने भनिएको छ भने नासो धरौटको

---

[7] Balfour Vs Balfour 1919

[8] ने.का.प. २०७३, नि.नं. ९५९१, अंक ५

[9] मुलुकी देवानी संहिताको, २०७४ को दफा ५०४(३) ले समेत करार भएपछि करारको पक्षहरुबीच बाध्यात्मक कानुनी सम्बन्ध कायम हुनेछ भनि ब्यवस्था गरेको छ|

[10] करार कानुन, भरतराज उप्रेती, फ्रिडिल तेस्रो संस्करण २०६६ पृष्ठ ३८

[11] हेर्नुहोस् https://en.wikipedia.org/wiki/English_contract_law#History

[12] वि.पी. मिश्र, एस.बि.कार्की र जे.एम. प्रसाद, "Law of Contract", Welcome Publication, काठमाण्डौ, २०७०, पे. १५

महलको १ नं मा, नगद सुन चाँदी जुहारातबाहेक दुई सय रुपैयाँसम्म मोल पर्ने माल रसिद भर्पाइ नगरी साक्षीसम्म राखी लिनुदिनु गरेमा पनि मान्य हुने व्यवस्था रहेको देखिन्छ । त्यस्तै मुलुकी ऐन, २०२० को लेनदेन व्यवहारको महलमा रुपैयाँ पैसाको लेनदेन कारोबारबाहेक अन्य कारोबारसम्बन्धी सम्झौताका बारेमा उल्लेख भएको पाइन्छ । उक्त महलको ३७ नं. मा यस महलका अरू नम्बरहरूमा व्यवस्था नभएको अन्य कुनै शर्तनामा, कबुलियत वा सम्झौताको लिखत रहेछ र सो लिखतमा लेखिएको व्यवहारसम्बन्धी कुरा कानूनको विरूद्ध रहेनछ भने लिखतै बमोजिम हुनेछ भन्ने व्यवस्था गरी करारको दायरालाई विस्तृत बनाएको देखिन्छ । साथै, सोही महलको ३९ नं. मा सम्झौता अनुरूप गर्नुपर्ने काम नगरी सम्झौता उल्लंघन गरेको खण्डमा नालेस गर्ने हदम्यादको सम्बन्धमा समेत व्यवस्था गरेको पाइन्छ । तर उक्त ऐनमा करार भनेको के हो, करार कसले गर्न सक्छ र कसले गर्न सक्दैन, करारका पक्षहरूको दायित्व एवम् अधिकार के के हुन्, करार उल्लंघन भएमा के कस्तो उपचार प्राप्त हुन्छ भन्ने लगायतका करारका महत्त्वपूर्ण विषयहरूलाई समेटेको पाइँदैन । यसरी नेपालको करारसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था हेर्दा, अधिकांश कानूनी व्यवस्था सामान्य कानूनसँग अविभाज्य रहेर बसेको पाइन्छ भने अन्य देशको कानूनी व्यवस्थाभन्दा अलग्गै र करारीय सैद्धान्तिक पक्षलाई अङ्गीकार गरेको आफ्नै किसिमको मौलिक हाम्रो कानूनी व्यवस्थाले केही हदसम्म करारको मूल्य र मान्यतालाई आत्मसाथ गरेको नै पाइन्छ । तथापि विश्व भूमण्डलीकरणमा आएको औद्योगिकीकरणको परिवर्तन र विकासको प्रभाव नेपालमा पनि देखिएको अवस्थामा मौलिक रुपमा रहेको साविकको मुलुकी ऐनको कानूनी व्यवस्थाले वाणिज्य कानूनको यो विकाससँगै देखापरेका आवश्यकतालाई समेटन नसक्ने ठानी २०२३ सालमा करारसम्बन्धी छुट्टै कानूनको व्यवस्था गरेको पाइन्छ ।

तर करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ को दफा १९ मा यो ऐनसँग बाझिने नेपाल कानून बाझिएको हदसम्म खारेज भएको मानिनेछ तर रकम र सरकारी ठेक्का बन्दोबस्त ऐन, २०२० लाई यस ऐनमा उल्लेख भएका कुनै कुराले प्रतिकूल प्रभाव पारेको मानिने छैन[13] भनी उल्लेख भएबाट २०२३ सालमा करार ऐन आउनुभन्दा अगाडि २०२० सालमा नै सरकारी ठेक्का बन्दोबस्त ऐनले करारसम्बन्धी व्यवस्थाको परिकल्पना गरिसकेको रहेछ भन्ने देखिन्छ । करारका पक्षहरुमध्ये एक पक्षको रुपमा नेपाल सरकार रहने विशेष प्रकृतिका करारहरूको सम्बन्धमा करार ऐन आउनुभन्दा अघि पनि करारीय स्वरुपकै कानूनी व्यवस्था रहेको देखिन्छ । सरकारी ठेक्का बन्दोबस्त ऐन, २०२० अन्तर्गतको सम्झौताहरु र साधारण घरायसी कागज, राजीनामा, सट्टापट्टा आदि जस्ता लिखतहरुको सम्बन्धमा विद्यमान कानूनी व्यवस्था यथावतै कायम राखेर नै करार ऐन आएको र सो सम्वन्धमा अर्थात घरायसी र पारित लिखतका सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतबाट **ध्यान वहादुर राई बिरुद्ध बखत वहादुर खड्काको मुद्दामा**[14] कुनै शर्त नभई राजीनामा सरहको लिखित भनी लिखतमै उल्लेख गरेको चुक्ता राजीनामाको लिखत भएको देखिएको समेतका कारणबाट यसलाई सामान्य शर्तनामा मात्र हो भन्न नमिल्ने भनी त्यस्तो लिखतका सम्बन्धमा करासम्बन्धी ऐन लागू नभई सम्बन्धित ऐन लागू हुने भनी निर्णयसमेत भएको पाइन्छ । त्यस्तै करारका सम्बन्धमा कुनै निश्चित

[13] करार सम्बन्धी ऐन २०२३ दफा १९

[14] ने.का.प. २०४३ नि नं २६ ९०

खाका नरहेको र नतोकिएको कारणलाई लिएर सर्वोच्च अदालतवाट **तीर्थ राजकुमारी राणाविरुद्ध रामशंकर श्रेष्ठ**[15] को मुद्दामा करारको सैद्धान्तिक अवधारणा समेतलाई मध्यनजर गरी कुनै लिखत करार हो वा होइन भनी निष्कर्षमा पुग्न उक्त लिखतले दुई वा सो भन्दा बढी व्यक्तिहरुबीच कुनै काम गर्न वा नगर्नको लागि त्यसमा संलग्न पक्षहरुलाई बाध्य गराएको छ वा छैन र करारमा उल्लेख भएबमोजिमको काम गर्न दुवै पक्षको बीच सहमति (Meeting of the mind) भएको छ वा छैन हेर्नुपर्ने भन्दै करारको लिखतमा नै करारनामा भन्ने स्पष्ट रुपमा खुलाइएको हुनुपर्ने वा यो यस्तो ढाँचामा करार हुनुपर्ने भनी करार ऐनले किटानी व्यवस्था नगरेकाले करार यस्तै ढाँचामा हुनुपर्ने भनी भन्न नमिल्ने भनी फैसला भएको पाइन्छ। त्यस्तै **धनमाया महर्जनबिरुद्ध तुल्सी महर्जनसमेत**[16] भएको मुद्दामा, प्रचलित करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ ले करारको स्वरुप यस्तो ढाँचामा हुनुपर्ने भनी किटानी व्यवस्था गरेको नपाइने भन्दै विवादित लिखतमा कसले के, कस्तो शर्त कसरी पूरा गर्ने भन्ने सम्वन्धमा स्पष्ट रुपमा उल्लेख गरी दुवै पक्षको सहमति स्वरुप ल्याप्चे सहीछापसमेत भएको देखिँदा सो लिखतमा करारको लागि आवश्यक मूलभूत तत्त्व समावेश भएको देखिन आएबाट त्यस्तो लिखतलाई करारको लिखत मान्न मिल्ने हुँदा करारमा उल्लेख भएको शर्त पालन गर्नुपर्ने दायित्व करारको पक्षहरूको हुने भएकोले वादी र प्रतिवादीहरूबीच भएको करारको शर्तबमोजिम जग्गा पारितको लागि दावी लिएकोमा वादीले पारित गरिलिन नपाउने भन्न नमिल्ने भनी करारका सम्बन्धमा तत्कालीन समयमा अदालतबाट व्याख्या भएको पाइन्छ ।

करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ मा १९ वटा दफाहरू समेटिएका थिए । जसले करारका विभिन्न पक्षहरू जस्तै, करार, प्रस्ताव र स्वीकृतिको परिभाषा, करार गर्न सक्ने र नसक्ने व्यक्ति, प्रस्ताव तथा स्वीकृतिसम्बन्धी व्यवस्था, करार बदर हुने तथा नहुने अवस्था, करार परिपालनासम्बन्धी नियम, करार उल्लंघन भएमा त्यसको नालेस गर्ने हदम्याद तथा उपचार आदि व्यवस्था गरेको पाइन्छ । करार ऐन, २०२३ लागू भएपश्चात् मुलुकी ऐन, २०२० को लेनदेन महलको दफा ३७ लाई रद्द गरियो भने यस कानूनको निर्माणपश्चात् Common Law को सिद्धान्त अनुरुप व्यापारिक लेनदेनका सम्वन्धमा पहिले भन्दा व्यवस्थित हुन थालेको पाइन्छ । यस ऐनको दफा २ ले करारलाई परिभाषित गरेको र सो दफा २ ले नै पहिलो पल्ट प्रस्ताव र स्वीकृतिलाई समेत स्थापित गरेको देखिन्छ । यो ऐनले कस्तो व्यक्तिले करार गर्न सक्छ, प्रस्ताव र स्वीकृति कस्तो अवस्थामा रद्द हुन्छ, कस्तो करारलाई बदर गराउन सकिन्छ, कस्तो करार बदर हुन्छ, करार गर्ने पक्षको दायित्व के रहन्छ, करार रद्द वा बदर भएमा त्यसको परिणाम के हुनेछ भन्ने करारका मूलभूत मान्यताहरुलाई कानूनी रुपमा उल्लेख गरी प्रत्यक्ष रुपमा नगरेको तर करारीय दायित्व भएको अप्रत्यक्ष करारलाई समेत मान्यता दिएको पाइन्छ । तथापि, उक्त ऐनमा व्यवस्था गरिएका कतिपय प्रावधानहरू अस्पष्ट हुनुका साथसाथै करारका अन्य विविध महत्त्वपूर्ण पक्षहरूलाई समेट्न नसकेकाले वि.सं. २०५६ सालमा पुनः अर्को ९० वटा दफाहरूसहितको करार ऐन लागू गरियो । यो करार ऐन, २०५६ ले हर्जानासम्बन्धी करार, धितो वा धरौटसम्बन्धी करार, नासोसम्बन्धी करार, वस्तु विक्रीसम्बन्धी करार आदि लगायतका विशेष करारहरूलाई भिन्नाभिन्नै परिच्छेदमा विभाजन गरी विशेष व्यवस्था गरेको थियो । यसले करारका पक्षहरूलाई करारको स्वरूप चयन गर्न, करारका शर्तहरू, विषयवस्तु, प्रतिफल र यसको मात्रा, करारको यथावत

---

[15] ने.का.प. २०४९ अंक १, नि नं ४४४७

[16] ने.का.प. २०६२ अंक ८, नि नं ७५८३

परिपालनालगायत करार भङ्ग हुँदा पाउने उपचार, पक्षहरूबीचको विवाद समाधानका विधि छनौट गर्ने जस्ता विविध कुराहरूमा स्वतन्त्रता प्रदान गरेको थियो । करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ मा गरिएको परिभाषा बाहेक यसमा थप "प्रतिफल" लाई समेत परिभाषित गरेको देखिन्छ भने यसमा सांयोगिक करार, जमानतसम्बन्धी करार, हर्जानासम्बन्धी करार, प्रत्याशनसम्बन्धी व्यवस्था, नासोसम्बन्धी करार, जस्ता विभिन्न ब्यापारिक कारोवारलाइ समेटने गरी विषयगत रुपमा छुट्टाछुट्टै कानूनी प्रावधान राखिएको देखिन्छ । यसले नेपालमा करारका क्षेत्रमा नयाँ मोड दिन सफल भएको मान्नुपर्छ।

करारको मूल्य र मान्यतालाई जीवन्तता प्रदान गर्ने र समययानुकूलको आवश्यकतालाई सर्वोच्च अदालतवाट हुने गरेका फैसलाहरुले समेत करारका नवीनतम आवश्यकताको पूर्ति गरिरहेको देखिन्छ। यसै सन्दर्भमा, **प्याराडाइज मिडिया प्रा.लि. बिरुद्ध काठमाडौं नगरपालिकासमेत**[17] भएको मुद्धामा दुई पक्षबीच सम्पन्न भएको करारको सम्बन्धमा उठेका कुनै विवादको समाधान सोही करारनामाको शर्तबमोजिम गर्नुपर्ने र करारीय दायित्वमा रिट क्षेत्र आकर्षित हुने स्थितिसमेत नदेखिने भन्दै Contractual Obligation and Liabilities लाई कानूनी वा संवैधानिक हक अधिकार भन्न नमिल्ने भनी सर्वोच्च अदालतबाट फैसला भएको देखिन्छ ।

यसरी सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्त र भारत, बेलायत जस्ता मुलुकहरुका करार कानूनमा भएका केही प्रावधानहरुलाई अनुसरण गरी हालको प्रचलित मुलुकी देवानी संहिताले करार ऐन, २०५६ कै प्रावधानहरुलाई निरन्तरता दिँदै थप नयाँ व्यवस्थासमेत गर्न खोजेको देखिन्छ । मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०५ मा करार लिखित मात्र नभएर, मौखिक रुपमा वा करार गर्ने व्यक्तिहरुको आचरणबाट पनि करार हुन सक्ने व्यवस्था गरेको छ । यस संहिताको दफा ६१० मा लिज करारसम्बन्धी व्यवस्था, दफा ६२४ मा हायर पर्चेज करारसम्बन्धी व्यवस्था, दफा ६४८ अप्रत्यक्ष वा अर्ध करारसम्बन्धी व्यवस्थालगायत थुप्रै नयाँ करारीय स्वरुपहरुको व्यवस्था गरेको छ ।

तथापि, विश्वमा देखापरिरहेको परिवर्तित व्यापारीकरणको यो Global-Era मा नेपाल जस्तो मुलुकले औद्योगिक र वाणिज्य क्षेत्रमा विशेष कानूनको रुपमा रही करार ऐन, २०५६ ले एउटा नयाँ अध्यायको सुरुवात गरिसकेको अवस्थामा पुनः यसलाई सामान्य कानून सरह संहितामा मात्र सीमित गरिनुको परिणाम कस्तो रहने हो हामीहरुले अहिले नै अनुमान गर्न सक्ने अवस्था छैन। समयअनुकूल विशेष कानूनलाई नै परिमार्जित गर्नुपर्ने अवस्थामा सामान्य कानूनको रुपमा आएको मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को भाग ५ मा दफा ४९३ देखि दफा ६९१ सम्म जम्मा १८ वटा परिच्छेदमा समाहित करार तथा अन्य दायित्वसम्बन्धी करारीय व्यवस्थाले[18] हाम्रो आर्थिक र औद्योगिक व्यापारिक कारोबारलाई कति हदसम्म समेट्न सक्ने हो भन्ने पक्षलाई हेर्न बाँकी नै रहेको छ ।

---

[17] ने.का.प. २०५३ अंक ११, नि नं ६२८४

[18] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४

४. करार निर्माण

हामीले करारलाई दुई वा दुईभन्दा बढी व्यक्तिहरुबीचको सम्झौता भनी साधारण भाषामा बुझे तापनि यसले वैधानिकता पाउन भने विभिन्न प्रकृयाहरु पूरा गरेको हुनुपर्दछ। कानूनको दृष्टिकोणमा करार गरिनु र एउटा करारले कानूनी वैधता पाउनु फरक कुरा हो । करार कसरी गरिन्छ, कोसँग गरिन्छ, करारको प्रस्तावित बिन्दु के हो र यसको निर्माण कसरी भएको छ भन्नेले नै करारको बैधताको परीक्षण हुने गर्दछ । करार निर्माण गर्दा विभिन्न चरणहरु पूरा गरेको हुनुपर्दछ । करार निर्माणलाई बैधता दिने मुख्य र प्रथम बिन्दु भनेको नै यसको प्रस्ताव हो । कुनै पनि करारको निर्माणका लागि प्रस्तावले मुख्य भूमिका निर्वाह गरेको हुन्छ। प्रस्तावलाई अर्को पक्षको स्वीकृति र सोमा निहित रहेर गरिने वार्ता (Negotiation) र दुबै पक्षहरुको सहमतिपश्चात् हुने लिपिवद्ध हस्ताक्षरको प्रकृयाहरुले पूर्णता प्रदान गर्दछ । Commissioner of Income Tax, Tamil Nadu v. Southern Sea Foods[19] को मुद्दामा Madras High Court ले In the sequence of acts connected with any contract, formation of the contract comes first, the execution of the contract comes afterwards भनी करारको निर्माणलाई महत्त्वपूर्ण कार्यको रुपमा अनुसरण गरेको छ । करारको कार्यान्यवनदेखि पक्षको अधिकार संरक्षण, विवादको सामाधान, अदालतको अधिकारक्षेत्रलगायत अन्य असीमित विषयहरुमा करारको निर्माणले भूमिका निर्वाह गर्दछ । करार निर्माणको प्रकृया वैध नभएको अवस्थामा यसले विवादमा सम्बन्धित पक्षहरुको हक अधिकारमा नै असर गर्ने भएका कारण एउटा कुशल करार निर्माणकर्ताले (Contract Drafter) करार निर्माणको सम्पूर्ण प्रकृयामा ध्यान पुऱ्याउनु पर्दछ । त्यसैले कुनै पनि करार निर्माण गर्दाको चरणमा प्रस्ताव (Offer) र स्वीकृति (Acceptance) विशेष महत्त्वका साथ हेरिन्छ।

कुनै पनि करारले वैधता प्राप्त गर्न त्यसमा प्रस्ताव र स्वीकृतिको अनिवार्यता रहन्छ । करारले मान्यता प्राप्त गर्न एक पक्षले अर्को पक्षलाई कुनै काम गर्न वा नगर्नका लागि प्रस्ताव राख्नुपर्छ भने अर्को पक्षले उक्त प्रस्तावलाई स्वीकार गर्नुपर्छ। त्यसपश्चात् मात्र करारको निर्माण हुन्छ। यसरी स्वीकार गरिएको करारलाई सहमतियुक्त आचरणले कार्यदिशा प्रदान गर्दछ । कुनै पनि करारमा सहमति जनाएपश्चात् उक्त सहमतिबमोजिमको काम नगर्दा करारले नै तोकेको दायित्व निर्वाह गर्नुपर्ने हुन्छ । तसर्थ, करार हुनका लागि अत्यावश्यक तत्त्व भनेको दुई पक्षबीच विचारमा मतैक्यता (Meeting of Mind) का साथसाथै निम्न तत्त्वहरु पनि उक्त सम्झौताले पूरा गरेको हुनुपर्छ ।

क) वैध विषय र मनसाय (Lawful Object and Intention)

कुनै पनि करार गर्दा कानूनी सम्बन्ध स्थापना गर्ने मनसाय राखिएको हुनुपर्छ । यहाँ कानूनी सम्बन्ध भन्नाले कुनै एक पक्षले करारीय दायित्व पूरा नगरेमा अर्को पक्षले नालेश दिई अदालतद्वारा उक्त दायित्व पूरा गर्न लगाउन सक्ने क्षमतालाई बुझ्नुपर्छ । करारीय पक्षहरूले आफूहरूबीच कानूनी सम्बन्ध सिर्जना गर्दा सम्झौता अनुरूपको दायित्व परिपालना नभए कुन कानून लागू हुने हो सो विषयमा समेत करारमा नै उल्लेख गर्नुपर्ने हुन्छ ।

[19] हेर्नुहोस् https://www.casemine.com/judgement/in/5608ff64e4b0149711151c53

कानूनले रोक लगाएको विषयसँगको सम्झौताले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्न नसक्ने र गैरकानूनी उद्देश्य प्राप्तिको लागि दुई पक्षहरुबीच भएको सम्झौता अमान्य हुने हुँदा यस्तो सम्झौताबाट सिर्जना भएको कुनै दायित्वका बारेमा विवाद उठेमा अदालतले मान्यता दिन सक्दैन। यसरी गैह्रकानूनी वा सार्वजनिक कानून प्रतिकूल उद्देश्य लिएर गरिएको सम्झौता वैध करार नहुने हुँदा यस्ता सम्झौताहरुले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्न सक्दैनन् । त्यसैले भनिन्छ, Legality of the object is an essential element of binding contact.[20] यसरी कुनै पनि सम्झौता वैध करार हुनको लागि अर्थात दुई पक्षबीच भएको सम्झौताले करारको रुपमा मान्यता पाउनका लागि करारका लागि चाहिने सबै आवश्यक तत्त्व त्यो सम्झौतामा समावेश भएको हुनुपर्छ अन्यथा शून्य हुन जाने र त्यो शून्य सम्झौता केवल सम्झौता मात्र रहने हुँदा करारको मान्यताका लागि करार गर्ने पक्षले विशेष सजगता अपनाउनु पर्ने हुन्छ। यसै सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतले **विजय व्यापार केन्द्र वि. एभरेष्ट पेपर मिल्स प्रा.लि.**[21] को रकम दिलाई पाऊँ मुद्दामा वादी प्रतिवादीहरूको बीचमा भएको सम्झौतापत्र केवल सम्झौतापत्र मात्र हो, करार हो भन्नलाई करारमा हुनुपर्ने मुख्य ३ कुराहरू मध्येः करारीय दायित्व को कसले कसरी व्यहोर्ने, सम्झौताको परिपालन नभएमा कुन कानूनको प्रयोग हुने, सम्झौताबाट पक्षहरूको बीचमा दायित्व र अधिकार सिर्जना भएको छ वा छैन भन्ने जस्ता विषयहरू सम्झौतामा हेरिनुपर्दछ । यी पक्ष विपक्षको बीचमा भएको सम्झौतामा दुवै पक्षको बीचमा कारोवार भई दायित्व र अधिकार सिर्जना भएको तर कानूनको परिपालना सम्बन्धमा केही उल्लेख नभएबाट प्रस्तुत सम्झौतालाई करार भन्न नमिल्ने भन्ने सिद्धान्तसमेत प्रतिपादन भएको देखिन्छ।यसवाट के वुझिन्छ भने करारमा कानूनी सम्बन्ध स्थापित गर्ने मनसाय नभएको खण्डमा दायित्व सृजना हुने सम्भावनासमेत रहदैन।

ख) सक्षम पक्ष (Competent Parties)

कुनै पनि करारीय दायित्त्व वहन गर्नका लागि सो पक्ष करार गर्न सक्षम हुनुपर्छ । करार गर्ने सक्षमता भनेको एक वैध अनुबन्धमा प्रवेश गर्नको लागि त्यो व्यक्तिको कानूनी योग्यता हो । करारीय सक्षमताले कानूनी सम्झौतामा प्रवेश गर्ने त्यो पक्षको क्षमतालाई जनाउँछ । सामान्यतया प्रत्येक व्यक्ति करार गर्न सक्षम हुन्छन् भन्ने मानिन्छ तर सबै अवस्थामा यो कुरा लागू भने हुदैन । आफूले गरेको कार्यको नतिजा यस्तो हुन्छ भन्ने यकिन गर्न नसक्ने अवस्थाका नावालक, होस ठेगान नभएका व्यक्ति वा त्यस्तै अन्य व्यक्तिलाई करार गर्न असमर्थ व्यक्तिको रुपमा राखिएको पाइन्छ । उमेर, अवस्था वा वस्तुस्थितिले उनीहरू आफूलाई एउटा सम्झौताद्वारा केही कुरा गर्न वा नगर्नका लागि सक्षम नहुन सक्छन् । बिगतमा विशेष कानूनको रूपमा रहेको करार ऐन, २०५६ को दफा ३ मा करार गर्न योग्य व्यक्ति भनी राखिएको प्रावधानलाई वर्तमान मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०६ मा करार गर्न सक्षम व्यक्ति भनेर देहायका व्यक्ति बाहेक अरु जुनसुकै व्यक्ति करार गर्न सक्षम हुनेछन् भनी नाबालक र होस ठेगान नभएको व्यक्तिलाई करार गर्न असक्षम व्यक्तिको रुपमा राखेको पाइन्छ । सक्षमताका विषयमा मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ३२(१) मा अठार वर्ष पूरा गरेको व्यक्तिलाई कानूनी रुपमा सक्षम मानिने र सो व्यक्तिले कानूनको

[20] Yadhav Kumar KC , *Contract law, A comparative study* , Pairavi Prakashan first ed. 2016 P-142

[21] नेपाल कानुन पत्रिका, २०६४ अंक १ पृष्ठ १६३४ नि.नं. ७८०४

अधीनमा रही जुनसुकै अधिकार उपयोग गर्न, दायित्व निर्वाह गर्न तथा कर्तव्य पालना गर्न सक्ने भनी व्यवस्था गरेको छ । तसर्थ १८ वर्ष पूरा गरेको व्यक्ति करार गर्न योग्य हुन्छ । साथै ऐ दफा ३३ मा १० वर्ष पूरा नगरेको वा गरे पनि होस ठेगानमा नरहेको व्यक्ति असक्षम हुने भन्ने प्रावधान यस ऐनले गरेको पाइन्छ। तथापि यस्ता असक्षम व्यक्तिका तर्फबाट उसको हितको लागि संरक्षकले गरेको करारले कानूनी बैधता पाउने हुन्छ । विश्वव्यापी रुपमा रहेको करारको यो सैद्धान्तिक मान्यतालाई नेपालको करार कानूनले पनि अङ्गीकार गरी नाबालक र होस ठेगानमा नरहेको व्यक्ति अर्थात कानूनबमोजिम कुनै खास काम गर्न सक्षम नरहेको व्यक्ति बाहेकका जुनसुकै व्यक्ति पनि करार गर्न सक्षम हुनेछन् भनी आत्मसात गरेको पाइन्छ ।[22] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा १४६ मा संरक्षकले असक्षम व्यक्तिको तर्फबाट कानूनबमोजिमको काम गर्ने व्यवस्था गरको छ । त्यसैगरी संरक्षकले आफ्नो संरक्षकत्वमा रहेको असक्षम वा अर्धसक्षम व्यक्तिको पालन पोषण, स्वास्थ्य, शिक्षा, खेलकुद, मनोरञ्जन तथा हेरविचार आफ्नो सम्पत्तिबाट गरेको भए त्यस्तो हेरविचार गर्दा खर्च भएको रकम संरक्षकत्वमा रहेको असक्षम वा अर्धसक्षम व्यक्तिको सम्पत्तिबाट भराई लिन सक्नेछ [23] भन्ने रहेको साथै दफा १५३ र १५४ मा कोही संरक्षक नभएको नाबालक र होस ठेगानमा नरहेको व्यक्तिका लागि माथवरको व्यवस्था गरेको पाइन्छ। त्यस्तो माथवरले आफ्नो माथवरीमा रहेको व्यक्तिको सम्पत्ति जिम्मा लिई सोको व्यवस्थापन र सञ्चालन गर्नुपर्नेछ भन्ने रहेको पाइन्छ।[24] त्यसैगरी कुनै सङ्गठित संस्थाको रेखदेख, संरक्षण वा जिम्मामा रहेको भए त्यस्तो सङ्गठित संस्था त्यस्ता व्यक्तिको माथवर हुने र त्यस्तो सङ्गठित संस्थाको प्रमुखले माथवरको अधिकार प्रयोग गर्ने व्यवस्था मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ ले गरेको छ।[25]

ग) प्रस्ताव र स्वीकृति (Offer and Acceptance)

एक व्यक्तिले अर्को व्यक्तिसँग कुनै काम गर्न वा नगर्नको लागि स्वीकृति पाउने मनसाय राखी आफ्नो इच्छा जाहेर गर्छ भने त्यसलाई प्रस्ताव (offer) भनिन्छ भने स्वीकृति भन्नाले प्रस्तावका उपर जनाइएको सहमति वा मञ्जुरी भन्ने बुझिन्छ। मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०४ को स्पष्टिकरण खण्डमा उल्लेख गरेबमोजिम “प्रस्ताव भन्नाले कुनै काम गर्न वा नगर्नका लागि स्वीकृति पाउने अभिप्रायले एक व्यक्तिले अर्को व्यक्तिसमक्ष राखेको प्रस्ताव सम्झनुपर्छ” भनिएको छ भने “स्वीकृति भन्नाले प्रस्तावका कुराहरू प्रस्तावकले जुन अर्थमा प्रस्ताव गरेको छ सो कुराका सम्बन्धमा प्रस्तावित व्यक्तिले सोही अर्थमा दिएको सहमति सम्झनुपर्छ[26]” भनी उल्लेख गरेको पाइन्छ । जुन कुरा करार ऐन, २०५६ को दफा २ (ख) र (ग) मा परिभाषित गरिएको थियो ।

---

[22] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ दफा ५०६.

[23] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ दफा १५०

[24] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ दफा १५९

[25] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ दफा १५६

[26] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०४

प्रस्ताव र स्वीकृति कुनै पनि करारको प्रथम बिन्दु हो भने प्रस्ताव बिना स्वीकृति हुदैन भन्ने करार कानूनमा सर्वमान्य सिद्धान्त रहेको छ । यी दुईबीच अनुन्याश्रित सम्बन्ध भएकोले नै यी दुईलाई करार कानूनमा सबैभन्दा महत्त्वपूर्ण तत्त्वका रुपमा हेर्ने गरिन्छ। तथापि यी दुबै कारक तत्त्वहरु एक अर्कामा सम्बन्धित नै भए तापनि यी दुईको प्रकृति र प्रकार भने भिन्दाभिन्दै रहेको पाइन्छ।

यदि कुनै प्रस्ताव लिखित वा मौखिक रुपमा गरिन्छ भने त्यस्तो प्रस्तावलाई प्रत्यक्ष प्रस्ताव वा विशिष्ट प्रस्ताव (Express Offer or Specific Offer) भनिन्छ भने विशिष्ट प्रस्ताव भन्नाले कुनै चिज, वस्तु वा कुनै व्यक्तिलाई तोकेर गरेको प्रस्ताव सम्झनुपर्दछ। यस्तो प्रस्ताव जुन अर्थमा जसका लागि गरिएको हो उसैले सोही अर्थमा स्वीकृति पनि प्रदान गर्नुपर्ने हुन्छ भने व्यवहार वा आचरणबाट गरिएका करारहरुलाई अप्रत्यक्ष करार भनिन्छ। करार सधैं लिखित नहुने भएका कारणले पक्षहरुको व्यवहार वा आचरणबाट पनि करार र यसको दायित्व सृजना हुने गर्दछ। अप्रत्यक्ष प्रस्तावलाई अर्को पक्षको व्यवहार र आचरणवाट स्वीकृत गरिएको खण्डमा त्यस्तो करारले कानूनी रुपमा बैधता प्राप्त गर्ने भएका कारणले नै अप्रत्यक्ष स्वीकृतिलाई पनि करार कानूनमा महत्त्वका साथ हेर्ने गरिन्छ। मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०६ को उपदफा (२) मा करार लिखित वा मौखिक वा करार गर्ने व्यक्तिहरुको आचरणबाट पनि हुन सक्नेछ भनी उल्लेख गरिएबाटै हाम्रो कानूनले समेत अप्रत्यक्ष करारलाई बैधानिकता प्रदान गरेको पाइन्छ। तर व्यावहारिक रुपमा भने आचरणबाट सृजना भएका करारका बिषयबस्तुहरु मुद्दा सरह अदालतमा निकै कम प्रवेश गर्ने गरेका छन्। आचरणबाट गरिने प्रस्ताव र आचरणबाटै गरिने स्वीकृतिले सृजना गरेको करारबमोजिमको दायित्व पूरा गराउनलाई कानूनी रुपमा उक्त दायित्व पुष्टि गर्न भने निकै नै कठिन हुने गरेको छ।

बेलायतको Court of Appeal ले सन् १८९२ मा **Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co**.[27] को मुद्दामा प्रस्ताव र स्वीकृतिका बीच हुने भिन्नताको विद्यमानतालाई आधार मानी निर्णय गरेको पाइन्छ। सो मुद्दामा कार्बोलिक स्मोक बल कम्पनीले आफ्नो उत्पादन 'स्मोक बल' नाकमा प्रयोग गरे इन्फ्लुएन्जा निको पार्ने र दिनमा तीन पटक प्रयोग गर्दा पनि इन्फ्लुएन्जा निको नभए एक हजार पाउण्ड इनाम दिने भनी विज्ञापन गरेको थियो। निवेदक केरिलले सोही बमोजिम गरे पनि इन्फ्लुएन्जा निको नभएको भनी दाबी गर्दा Court of Appeal ले कार्बोलिक कम्पनीको विज्ञापन केबल प्रस्तावको निमन्त्रणा नभएर प्रस्ताव नै भएको भनी निर्णय गरेको थियो। विज्ञापनले नै प्रस्तावित सर्तको सूचना र स्मोक बलको प्रयोग भनेको स्वीकृति सरह हो भन्ने व्याख्या अदालतले गरेको पाइन्छ।

त्यस्तै करारमा दोहोरो प्रस्ताव (Cross Offer) को अवस्थासमेत हुने गर्दछ । दुबै पक्षले एक अर्कालाई प्रस्तावहरु राखेको अवस्थालाई दोहोरो प्रस्तावको अवस्था भनेर बुझिन्छ। दुबै पक्षले एक अर्कालाई एकै विषयसँग सम्बन्धित अर्थात एउटै बिषय बस्तुसँग सम्बन्धित प्रस्ताव राखेको अवस्थामा दोहोरो प्रस्तावको सृजना हुन पुग्दछ ।

---

[27] [1892] EWCA Civ 1,

त्यस्तै प्रतिप्रस्ताव करारको अर्को महत्त्वपूर्ण विषय हो। कुनै एक पक्षले राखेको प्रस्ताव स्वीकृति नहुँदै अर्को पक्षले कुनै प्रस्ताव राख्यो भने त्यस्तो प्रस्तावलाई प्रतिप्रस्ताव भनिन्छ। यस्तो अवस्थामा कुनै पक्षले प्रस्ताव गरेकोमा अर्को पक्षले प्रथम पक्षलाई उसले गरेको प्रस्तावभन्दा भिन्न वा सो प्रस्तावमा संशोधन हुनेगरी गरेको प्रस्तावलाई प्रतिप्रस्तावको रुपमा वुझिन्छ। तथापि यसलाई प्रस्तावको प्रतिक्रियामा दिइएको प्रस्तावकै रुपमा लिने गरिन्छ । जस्तैः 'क' ले 'ख' लाई ५०,००० मा 'ख' को मोटर किन्ने प्रस्ताव गर्दा सो प्रस्ताव नमानी 'ख' ले 'क' लाई उल्टै उसको मोटर ६०,०००/- मा किन्न प्रस्ताव गर्छ भने सो प्रतिप्रस्ताव हो भनेर वुझिन्छ।

करारमा हुने प्रस्ताव र स्वीकृतिका सम्बन्धमा जारी रहने प्रस्तावले पनि महत्त्वपूर्ण भूमिका निर्वाह गरेको हुन्छ। एक पटक प्रस्ताव गरेपछि सो प्रस्ताव लामो अवधिसम्म विद्यमान रहिरहने प्रकृतिका प्रस्तावलाई जारी रहिरहने प्रस्तावको रुपमा वुझिन्छ। जस्तैः दैनिक रुपमा अखबार किन्ने ग्राहकले बिक्रेतालाई पटक-पटक सो कार्यका लागि प्रस्ताव र स्वीकृति गरिरहनु पर्दैन ।

यसरी कुनै पनि करारले पूर्ण रुपमा कानूनी मान्यता प्राप्त गर्न प्रस्तावको जति महत्त्व हुन्छ स्वीकृतिले पनि उतिकै महत्त्व बोकेको हुन्छ । एउटा सम्झौताले करारको रूप धारण गर्न प्रस्तावकले जुन अर्थमा प्रस्ताव राखेको हुन्छ त्यो त्यही अर्थमा स्वीकृति दाताले सहमति प्रकट गरेको हुनुपर्छ, अनि मात्र त्यस्तो सम्झौताले करारको रुपमा मान्यता पाउने हुन्छ । तर त्यस्तो प्रस्ताव र स्वीकृति प्रचलित सार्वजनिक कानूनसँग बाझिएको वा अमान्य रहेको भने हुनु हुँदैन ।

यसरी कुनै पनि प्रस्ताव र स्वीकृति सम्झौता हुँदै करारको रुपमा परिणत भई वैध करार हुनको लागि त्यो एक पक्षले राखेको प्रस्ताव र त्यसमाथि अर्को पक्षले प्रकट गरेको सहमति कानूनबमोजिमको हुनै पर्छ, यदि सार्वजनिक कानूनले निषेध गरेको कुनै काम गर्न वा नगर्न भनी गरिएको प्रस्ताव रहे भए त्यस्तो प्रस्ताव अर्को पक्षले स्वीकार गरेकै खण्डमा पनि त्यो सहमतिअनुसार भएको सम्झौताले करारको रुपधारण गर्न सक्दैन अथवा त्यस्तो करार वैद्य करार मानिदैन ।

प्रस्ताव (Proposal) का सम्बन्धमा Avtar Singh ले आफ्नो पुस्तक Law of Contract and Specific Relief मा "The communication of proposals, the acceptance of proposals, and the revocation of proposals and acceptances, respectively, are deemed to be made by any act or omission of the party proposing, accepting or revoking, by which he intends to communicate such proposal, acceptance or revocation, and which has the effect of communicating it." र स्वीकृति (Acceptance) का सम्वन्धमा "the proposal or acceptance of any promise is made in words, the promise is said to be express. In so far as such proposal or acceptance is made otherwise than in words, the promise is said to be implied" भनेको पाइन्छ ।[28]

[28] Avtar Singh, Law of Contract and Specific Relief, Estern Book Company, Lucknow 9th ed.2005 Pp 5-6

यसरी प्रस्तावका केही नियमहरु पूरा भएपश्चात् मात्र उक्त प्रस्तावले कानूनी मान्यता प्राप्त गरी वैध करारको रुपधारण गर्ने हुँदा प्रस्ताव र स्वीकृतिलाई करारको आधार विन्दुको रुपमा पनि हेरिन्छ । त्यसैले कुनै पनि पक्षवाट राखिएका प्रस्तावहरुले कानूनी मान्यता स्थापित गर्ने हुँदा ती प्रस्तावहरु निश्चयात्मक र स्पष्ट हुनुपर्दछ ।

प्रस्तावकले कुनै पनि समयमा आफूले राखेको प्रस्ताव फिर्ता लिन सक्छ। यसरी आफूले राखेको प्रस्ताव आफैले फिर्ता लिनुलाई प्रस्तावको खण्डन भनिन्छ । कुनै कारणवश प्रस्ताव रद्द भएमा त्यसलाई प्रस्तावको अन्त्य भएको मानिन्छ । यस सम्बन्धमा मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५१० मा व्यवस्था गरेको पाइन्छ ।

माथि विवेचना गरिएअनुसार जसरी प्रस्तावले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्न केही नियमहरू पूरा गरेको हुनुपर्छ यसैगरी स्वीकृतिले पनि केही शर्तहरू पूरा गरेको हुनुपर्छ भन्ने देखिन्छ। त्यस्ता कतिपय सैद्धान्तिक मान्यताहरूलाई नेपालको करार कानूनमा पनि समावेश गरिएका छन्[29] । यसरी प्रस्तावका रुपमा आएको विषयवस्तुलाई स्वीकृति दिने क्रममा त्यस्तो स्वीकृतिले पनि केही नियमहरुको पालना गर्नुपर्ने कुरा विश्वव्यापी रूपमा मानिदै आएकोमा नेपालले सोलाई कानूनी रुपमा नै अङ्गीकार गरेको पाइन्छ।[30] त्यस्तो स्वीकृति व्यक्त वा परिलक्षित हुनुपर्ने अर्थात प्रस्तावउपर प्रस्तावित व्यक्तिले मात्र स्वीकृति प्रदान गर्न सक्ने लगायत जुन अर्थमा प्रस्ताव राखिएको हुन्छ प्रस्तावित व्यक्तिले सोही अर्थमा मात्र स्वीकृति प्रदान गर्नुपर्ने अन्यथा प्रतिप्रस्ताव गर्नुपर्ने लगायत समय सीमाभित्र स्वीकृति प्रदान गरिनु पर्ने अन्यथा सो स्वीकृतिले मान्यता नपाउने र प्रस्तावको अन्त्य भए जस्तै स्वीकृतिको पनि अन्त्य हुने करारका मान्य र महत्त्वपूर्ण पाटाहरु रहेको पाइन्छ।

प्रस्ताव र स्वीकृतिका सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतले **हिमालयन बैंक लि. विरूद्ध दुर्गादेवी डङ्गोल**[31] को मुद्दामा करार गर्ने पक्षहरुले आफ्नो सुविधा र करारको उद्देश्य पूर्तिका लागि प्रस्तावहरु राख्न र शर्तहरु निर्धारण गर्न स्वायत्त र स्वतन्त्र हुन्छन् । त्यस्तो प्रस्ताव वा शर्त अर्को पक्षले स्वीकार गर्न वा इन्कार गर्न पनि स्वायत्त हुन्छ भन्दै शर्तहरुमा स्वीकृति दिई सहीछाप गरेको वा तदनुकूल आचरण र व्यवहार गरेको समेत अवस्थामा करार सम्पन्न हुने र करारका ती शर्तहरु पक्षहरुउपर कानून सरह बन्धनकारी हुने भनी सिद्धान्त प्रतिपादन गरी प्रस्ताव र स्वीकृतिको महत्त्वलाई थप प्रष्ट पारेको पाइन्छ ।

घ) स्वतन्त्र सहमति

करारका दुवै पक्षहरु करारको विषयवस्तु छनौट गर्न, करारको प्रस्ताव राख्न र त्यसमा इच्छाअनुसार स्वीकृति प्रदान गर्न वा सहमति प्रदान गर्न स्वतन्त्र र स्वायत्त हुन्छन् । यदि कुनै पक्ष करकाप, अनुचित प्रभाव वा

[29] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०९ / ५१०

[30] https://www.toppr.com/guides/business-laws/indian-contract-act-1872-part-i/acceptance/

[31] ने.का.प. २०६५, नि.नं. ७९३५, अंक ३

जालसाजका कारणले स्वतन्त्र इच्छाविना करारमा प्रवेश गर्छ भने त्यो करारलाई अवैध मानिन्छ । यद्यपि पक्षले यसलाई रद्द गर्न कानूनबमोजिम अदालतमा आवेदन दिन सक्छ ।[32] करारका सम्भावित पक्षहरूबीच सहमति नभएमा करारले कुनै औचित्य प्राप्त गर्न सक्दैन। प्रस्तावकले राखेको प्रस्तावमा प्रस्तावित व्यक्तिले स्वतन्त्रतापूर्वक स्वेच्छाले सहमति वा स्वीकृति नजनाएसम्म करारले वैधता प्राप्त गर्न सक्ने हुँदैन । कुनै पनि पक्षको इच्छा विपरीत, जालसाजपूर्ण रूपमा, बलजफ्ती गरी, अनुचित प्रभावमा पारी वा करकाप गरी कुनै सम्झौतामा प्रवेश गर्न बाध्य तुल्याइन्छ भने त्यस्तो सहमतिलाई स्वतन्त्र सहमति मानिदैन । यसरी गरिएको करार अवैध मानिन्छ । यस्तो अवस्थामा समान्यतः करार शून्यकरणीय हुन पुग्दछ । मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०७ मा करारीय पक्षहरू स्वायत्त हुने विषयमा कानूनी व्यवस्था गरेको पाइन्छ ।

ङ) *प्रतिफल र उद्देश्य (Consideration and Object)*

सामान्य दृष्टिकोणले हेर्दा प्रतिफल नभएसम्म करारको सृजना हुन सक्दैन अर्थात प्रतिफल नभएको सम्झौतालाई करारको रुपमा मान्यता दिन सकिँदैन । यस्तो प्रतिफल गैरकानूनी हुनुहुँदैन र कानून अनुरुप नै प्रतिफलको आस गर्नुपर्ने हुन्छ । तथापि कतिपय अवस्थामा अपवाद स्वरुप यस्ता बिना प्रतिफलको करारले पनि कानूनी मान्यता पाएको देखिन्छ । भारतीय करार ऐनको दफा २५ मा प्रतिफल नभए पनि वैध हुने करारको उल्लेख गरिएको छ। जसअनुसार प्रतिफल बिनाको करारले पनि कानूनी मान्यता पाउने (Agreement without consideration is void, unless it is in writing and registered, or is a promise to compensate for something done, or is a promise to pay a debt barred by limitation law). भन्ने देखिन्छ[33]। नेपालमा करारसम्बन्धी कानूनी व्यवस्थामा प्रस्टसँग प्रतिफलको व्यवस्था गरिएको नदेखिँदा हामी कहाँ पनि केही हदसम्म प्रतिफल विनाको करारको अवलम्बन गरिएको पाइन्छ । कसैले कसैलाई कुनै सम्पत्ति पारित गरिदिँदा सम्पति पाउने व्यक्ति निकट सम्बन्ध भए रहेको अवस्थामा र दान बकस वा शेषपछिको वकस गरिदिँदाको अवस्थामा समेत सोमा मूल्य खुलाउनुपर्ने हाम्रो कानूनी व्यवस्था र परिपाटीले प्रतिफलको अन्तरनिहित तत्त्वलाई अङ्गीकार गरेको नै मान्नुपर्ने एकातर्फ देखिन्छ भने अर्कोतर्फ हाम्रो कानूनमा प्रतिफल शब्दको कतै उल्लेख नहुनुलाई करार कानूनको सिद्धान्तप्रतिको बदलिँदो अवधारणालाई पनि हेर्नुपर्ने हुन आउँछ ।हाम्रो करारसम्बन्धी व्यवहारका सम्बन्धमा अदालतबाट गरिएका निर्णयबाट यस्ता प्रतिफल बिनाका सम्झौताहरूले पनि करारको रुपमा मान्यता पाउने भनी कानूनी सिद्धान्त प्रतिपादन भएको देखिन्छ।[34]

आधुनिक करारीय मान्यतालाई थाती राखी एकक्षण कसैको सम्पत्तिको राजीनामा सट्टापट्टा बकसपत्र आदि इत्यादि गराई लिँदा के बापत कसरी लिनुदिनु भएको, सो कुरा खुलाउनुपर्ने भन्ने हाम्रो कानूनी व्यवस्थामाथि विचार गर्ने हो भने बिना मूल्यको र प्रयोजन उल्लेख नभएको लिखतको कानूनी मान्यता हुन सक्दैन भन्न सकिन्छ। जसबाट नेपालमा पनि प्रतिफल बिनाको करारले सामान्यतः कानूनी मान्यता नपाउने भन्ने नै देखिन्छ ।यद्यपि साविक मुलुकी ऐन घर बनाउनेको महलको ८ नम्बरले गरेको कानूनी व्यवस्थाबमोजिम

---

[32] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५१८.

[33] The Indian Contract Act, 1872 sec 25,

[34] रघुनाथ प्रसाद माडवारीविरुद्ध विश्वनाथ माडवारी फैसला मिति २०३४/१०/०५ न्यायदुत वर्ष १ अङ्क ३ पृष्ठ ४५

बहाल नलिने गरी पनि कसैसँग घर पसल बहालमा लिने दिने सम्झौता हुनसक्ने कानूनी व्यवस्था र आर्थिक रुपमा प्रतिफल नभए पनि स्वेच्छाले दिएको दान वा बकसपत्रले कानूनी मान्यता पाउन सक्ने भन्ने कानूनी व्यवस्थालाई नियाल्दा नेपालमा कतिपय अवस्थामा मान्य करारको निम्ति प्रत्यक्ष प्रतिफलको आवश्यकता नै पर्छ भन्न सकिने पनि देखिँदैन । प्रेम तथा स्नेह रहेका कारण गरिने यस प्रकारका कारोबारहरुमा प्रत्यक्ष प्रतिफलको आस गरिएको नदेखिए तापनि अप्रत्यक्ष प्रतिफल भने रहन सक्छ ।

नेपालमा बिगतमा विशेष कानूनको रुपमा रहेको करार ऐन, २०५६ को दफा २ (घ) मा प्रतिफलको परिभाषा गरेको देखिन्छ। सोमा प्रतिफल भन्नाले प्रस्तावमा उल्लिखित काम गरिदिए वा नगरी दिएवापत कुनै काम गरिदिने वा नगरी दिनेगरी गरेको कबुल सम्झनुपर्छ भन्ने रहेको पाइन्छ । अहिले मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ४९३ मा कुनै काम गर्न वा नगर्नका लागि कानूनी रुपमा वाध्यता भएकोमा त्यस्तो काम गरे वा नगरेमा दायित्व सिर्जना हुनेछ भन्ने उल्लेख भएबाट दायित्वमा प्रतिफल अन्तर्निहित रहेको नै मान्नुपर्ने हुन्छ ।

यसरी प्रतिफल (Consideration) भन्नाले कुनै कुराको बदलामा कुनै कुरा (Something in Return) पाउनु हो। सामान्यतया प्रतिफल बिना करार गर्ने प्रचलन हुँदैन। करारका पक्षहरूले कुनै चिजको सट्टामा कुनै चिज लिन्छन्/दिन्छन् । त्यस बेलामा मात्रै करारलाई कानूनी रूपमा लागू गर्न सकिन्छ । केही गर्न वा नगर्न कबुल गर्दा त्यसको बदलामा केही प्रतिफल प्राप्त नहुने भए त्यस्तो कबुललाई कानूनद्वारा लागू गर्न सकिँदैन भन्ने मान्यता रहिआएको हो। यस अलावा पनि विचारणीय विषय के हो भने प्रत्यक्ष अप्रत्यक्ष जे जस्तो भए पनि प्रतिफल कानून सम्मत् हुनुपर्दछ भन्नेमा दुइमत हुन सक्दैन।

च) सम्झौताको निश्चित अर्थ र परिपालना

करार गर्दा कुन प्रयोजनको लागि करार गरिएको वा गर्न लागेको कुरा स्पष्ट रुपले सुरुमै उल्लेख भएको हुनुपर्छ। करारका विषयवस्तु तथा सर्तहरू स्पष्ट र कानूनसम्मत् रहेको हुनुपर्छ । करारबमोजिम भएको व्यवहारमा ती पक्षहरूको हक र दायित्व सो करारका शर्तहरुबाटै सिर्जित हुने हुँदा ती शर्तहरु स्पष्ट नहुने हो भने भविष्यमा मर्का पर्ने पक्षलाई असर पर्न सक्छ । यसैले करारीय सम्झौतामा निश्चित र स्पष्ट अनि त्यसको अर्थ लाग्ने गरी खुलाएको हुनुपर्दछ । सम्झौताको दुबै पक्षहरू यसका सबै सर्तहरूको बारेमा जानकार रहेको हुनुपर्छ। करारमा उल्लेख गरिएका शर्तहरू अस्पष्ट (Vague) छ वा अनिश्चित (Uncertain) छ भने त्यस्तो करारको औचित्य हुँदैन। सार्वजनिक कानूनबमोजिम कार्यान्वयन गर्न सकिने कार्य मात्र सम्झौताद्वारा बाध्यकारी हुन्छन्। असम्भव कार्य गर्नको लागि भएको सम्झौता कानूनद्वारा लागू गर्न सकिदैन ।[35] करार गर्दाका बखतमा उल्लेख गरिएका शर्तबमोजिमका दायित्वहरू पूरा गर्न सकिने किसिमको हुनुपर्छ । गर्नै नसकिने काम गर्ने भनी वा गर्नै नपर्ने काम गर्नुपर्ने भनी करार गरिएको खण्डमा त्यस्तो करारले वैधता प्राप्त नगर्नुको साथै पक्षहरूलाई समेत करारीय दायित्वमा बाँधन सक्दैन । त्यसैले राज्यका प्रचलित कानूनले स्पष्ट रूपमा शून्य हुने भनी घोषणा गरेको अर्थात सार्वजनिक कानूनले निषेध गरेका विषयहरुलाई लिएर गरिएको

[35] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५१९

सम्झौताले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्न सक्दैन । करारले वैधता प्राप्त गर्नका लागि कानून वा सरकारी नीतिले निषेध नगरिएको विषय हुनुपर्छ ।

छ) आवश्यक कानूनी औपचारिकताहरू

प्रत्येक करारको लिखतले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्नका लागि अर्थात् त्यो करार पक्षहरूका लागि बाध्यकारी हुनका लागि सो लिखतको विषय यकिन गरी स्पष्ट रुपमा खुलाई त्यसमा केरमेट नहुने गरी छापी टाइप गरी वा हातले लेखी तयार गर्नुपर्ने र सम्बन्धित कारणीले सहीछाप गर्नुपर्ने कानूनी व्यवस्था रहेको पाइन्छ ।[36] त्यस्तो लिखत अर्थात् कुनै निकायबाट प्रमाणित गर्नुपर्ने वा करार कुनै निकायमा अभिलेख रहने वा त्यस्तो निकायबाट कार्यान्वयन हुने वा बिनिमय अधिकारपत्रमार्फत कारोबार हुने वा सार्वजनिक सूचना गरेको बोलपत्रबमोजिमका करार ठेक्कापट्टा बाहेकका अन्य पचास हजार रुपैयाँभन्दा बढी रकमको वा नेपाल सरकारले नेपाल राजपत्रमा सूचना प्रकाशन गरी त्यस्तो रकममा नघट्ने गरी निर्धारण गरेको रकमभन्दा बढी रकमको नेपालभित्र घरसारमा तयार भएको लिखत / करार सम्बन्धित पक्षहरुको स्थानीय तह वा स्थानीय तहको वडा समितिको कार्यालयमा उपस्थित भई सक्कल लिखतको शिरमा यस्तो कार्यालयबाट प्रमाणित गराउनु पर्नेछ र त्यसरी प्रमाणित गर्दा लिखतमा लिखतका कारणीलाई प्रमाणित गर्ने कार्यालयले सहीछाप गराउनु पर्नेछ[37] र सोलाई दर्ता गरिनु पर्छ । यो कानूनी औपचारिकताहरू जस्तै, लेखन, मुद्रांकन, र रजिष्ट्रेसनको साथ अघि बढ्नुपर्दछ, अन्यथा करारको लिखतले कानूनी मान्यता नपाउने अवस्था आउन सक्छ । यसरी कानूनले नै व्यवस्था गरी कुनै करार लिखित रूपमै भएको हुनुपर्छ र तोकिएको निकायबाट प्रमाणित गरिनुपर्छ भन्ने उल्लेख भएकोमा सोहीबमोजिम गर्नुपर्छ । कानूनले नै प्रमाणीकरण गर्नुपर्ने भनी उल्लेख गरेकोमा सो बमोजिम नगरेमा उक्त करारले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्न सक्दैन ।

ज) कानूनी सम्बन्ध स्थापित गर्ने मनसायः

करारका पक्षहरुद्वारा कुनै काम गर्ने वा नगर्ने सम्झौता भएपश्चात् दुबै पक्षलाई त्यस कार्य कानूनद्वारा बन्धनकारी हुन्छ । पक्षका बीचमा करार भएपछि उनीहरुको बीचमा दायित्व र अधिकार सिर्जना गर्ने मनसाय सर्वाधिक महत्त्वपूर्ण हुन्छ । काम गर्न सम्झौता गर्ने तर त्यसको परिपालनाका सम्बन्धमा कुनै पनि कानूनी उपचारको बाटो अबलम्बन गरिएन भने सो करारको अस्तित्वमा संकट पर्छ । त्यसकारण करारका पक्षबीच कानूनी सम्बन्ध स्थापित गरी अधिकार र दायित्व सिर्जना गर्ने मनसायसमेत प्रकट भएको हुनुपर्छ । कुनै पक्षले सो कार्यको परिपालना नभए करारको उल्लङ्घन हुन्छ र सामान्यतया क्षतिपूर्तिको माग गरिन्छ । दुबै पक्षले करारको पूर्ण पालना गर्ने मनसाय राखी करार उल्लङ्घन भएको अवस्थामा अर्को पक्षलाई क्षतिपूर्ति दिने वा मुद्दा मामिला गर्ने भन्ने कुरा पनि करारका पक्षका बीच सहमति भएको हुनुपर्छ । सो सहमतिले करारलाई कानूनी मान्यता प्रदान गरी सोका पक्षहरुलाई सो करारको शर्तहरुको पालना गर्नमा यथोचित वातावरणको निर्माण गर्छ।

---

[36] मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा २८

[37] मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा ३६

५. करारको मान्यता

दुई वा दुईभन्दा बढी पक्षहरुबीच कुनै कार्य गर्न वा नगर्नका लागि कानूनबमोजिम कार्यान्वयन गर्न सकिने सम्झौतालाई मात्र करारको रुपमा मान्यता दिइन्छ । त्यसैले दुई वा दुईभन्दा बढी सक्षम पक्षहरुबीच स्वतन्त्रतापूर्वक कुनै काम गर्न वा नगर्नका लागि सफलतापूर्वक कुनै सम्झौता सम्पन्न गरिन्छ र त्यस सम्झौताको बिषयबस्तु राज्यका प्रचलित कानूनले निषेध (Prohibit) गरेको छैन भने त्यस करारले ती पक्षहरुको लागि कानून सरह मान्यता राख्दछ । यसरी निर्माण भएका करारहरुले ती पक्षका लागि सोमा उल्लिखित विषयले बैधता प्राप्त गर्ने हुँदा यो करारहरु प्रवर्तनीय (Enforceable) हुन्छन् । यस सम्वन्धमा Avtar Singh ले Law of Contract and Specific Relief भन्ने पुस्तकमा All agreements are contracts if they are made by the free consent of parties competent to contract, for a lawful consideration and with a lawful object, and are not hereby expressly declared to be void.[38] भनी चर्चा गरेका छन्।

आफ्ना दैनिक आवश्यकताहरू पूरा गर्ने सिलसिलामा व्यक्तिहरूबीच धेरै प्रकारका बोलकबोल तथा प्रतिज्ञाहरू पनि गरिन्छन् तर यसरी गरिने सबै प्रकारका बोलकबोल, प्रतिज्ञा तथा सम्झौताबाट करारको सिर्जना भएको हुँदैन । करार गर्दा प्रचलित कानूनअनुसार पूरा गर्नुपर्ने कार्यविधि पूरा गरेको वा नगरेको कुरा, सम्झौता गर्ने वा प्रतिज्ञा गर्ने व्यक्तिहरूको उमेर, उनीहरूको मानसिक अवस्था, सम्झौताको विषयवस्तु तथा प्रतिफल आदि कुराहरुले कुनै पनि सम्झौताले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्ने वा नगर्नेमा ठूलो भूमिका खेलेको हुन्छ ।[39] त्यसैले दुई वा दुईभन्दा बढी व्यक्तिहरूबीच कानूनी मान्यता प्राप्त करारको सिर्जना हुनको लागि त्यसमा केही आवश्यक तत्त्वहरुको विद्यमानता हुनुपर्दछ । ती आवश्यक तत्त्वहरुका वारेमा माथि विवेचना गरी सकिएको हुँदा यहा पुनरोक्ति गरिरहन परेन ।

यसरी कानूनले लागू नगर्ने सम्झौताहरु सम्झौताकै रुपमा मात्र रहेका हुन्छन् । कानूनले लागू गर्ने सम्झौतालाई मात्र करारको रुपमा मान्यता प्रदान गरिन्छ । यसबाट करारको तुलनामा सम्झौताको क्षेत्र निकै विस्तृत रहेको पाइन्छ । यसै सम्बन्धमा Balfour Vs. Balfour[40] को मुद्दा उदाहरणीय रहेको छ। उक्त मुद्दामा श्रीलंकामा नोकरी गरिरहेको Balfour आफ्नो छुट्टिको समयमा आफ्नी श्रीमतीसहित बेलायत छुट्टि मनाउन गएका थिए तर फर्कदा पत्नी बिरामी भएकीले श्रीलंका आउन सकिनन् र Balfour एक्लै फर्किए । यसरी फर्कंदा Balfour ले आफ्नी पत्नीलाई श्रीलंका पुगेपछि महिनाको ३० पाउन्ड पठाउनेछु भनी प्रतिज्ञा (Commitment) गरेका थिए । उनीहरूको बीचमा रहेको सम्बन्ध सुमधुर रहुन्जेलसम्म उक्त रुपैयाँ पठाए तापनि पछि सम्बन्ध बिग्रिएपछि Balfour ले आफ्नो प्रतिज्ञा पूरा गरेनन् । त्यसउपर उनीमाथि श्रीमतीले मुद्दा हालिन् । यस अवस्थामा Balfour श्रीमान्-श्रीमतीको बीचमा भएको उक्त सम्झौतालाई कानूनद्वारा लागू हुन नसक्ने (not enforceable by law) भनेर न्यायालयले ती दुई जनाको बीच भएको सम्झौताबाट कानूनी दायित्वको सिर्जना गर्न गराउन नसकिने हुँदा रकम भराइदिन मिल्दैन भन्ने निर्णय गऱ्यो । यसरी यो मुद्दाबाट सामाजिक रूपमा भएको सम्झौता जसले कानूनी मान्यता

---

[38] Avtar Singh, Law of Contract and Specific Relief, Estern Book Company, Lucknow 9th ed.2005 Pp 3

[39] करार कानुन, भरतराज उप्रेती, फ्रिडिल तेस्रो संस्करण २०६६ पृष्ठ ५१

[40] Balfour v Balfour [1919]https://lawcasesummaries.com/knowledge-base/balfour-v-balfour-1919-2-kb-571/

प्राप्त गर्न सक्दैन, त्यस्ता सम्झौताहरु सम्झौताकै रुपमा रहन्छन्, यिनीहरुले करारको मान्यता प्राप्त गर्न सक्दैन भन्ने सिद्धान्त स्थापित भएको पाइन्छ । तथापि लोग्ने स्वास्नीको सम्बन्ध भएका वा नजिकको पारिवारिक सम्बन्ध भएका व्यक्तिहरुको बीचमा भएका सबै सम्झौताहरुले कानूनी मान्यता नपाउने भन्ने होइन । सम्पतिको हकसँग सम्बन्धित सम्झौता र व्यापारिक प्रकृतिका लिखतहरुलाई परिवारका सदस्यहरूबीच नै भएका भए पनि कानूनी मान्यता प्राप्त करारको रुपमा लिइन्छ । जस्तो Merrit Vs. Merrit[41] को मुद्दामा लोग्ने स्वास्नीका बीचमा भएको घरायसी सम्झौता भए तापनि उनीहरुबीच कानूनी सम्बन्ध स्थापना गर्ने मनसाय थियो भनी ठहऱ्याएको कुरालाई उदाहरणको रुपमा लिन सकिन्छ । यो मुद्दामा पति र पत्नीको संयुक्त स्वामित्वमा घर खरिद गर्दा उक्त घरलाई नै बन्धकमा राखी लिएको ऋणको सम्पूर्ण किस्ता पत्नीले तिरेमा उक्त घरको पूर्ण स्वामित्व पत्नीको नाममा हस्तान्तरण गर्ने सम्बन्धमा उनीहरुबीच सम्झौता भएको थियो । पत्नीले घरजग्गा खरिद गर्न लिएको ऋणवापत राखिएको घरको बन्धकी निखन्नको लागि तिर्नुपर्ने ऋणको सम्पूर्ण किस्ता तिरिसकेपछि पनि पतिले उक्त घर पत्नीको नाममा हस्तान्तरण गर्न इन्कार गरेको थियो । पतिले करार उल्लंघन गऱ्यो भनी पत्नीले लिएको दाबीलाई बेलायतको कोर्ट अफ अपिलले स्वीकार गरेको पाइन्छ ।

त्यसैले कानूनी सम्बन्ध कायम राख्न सक्ने गरी अर्थात दुई पक्षबीच भएको करार कुनै पक्षले उलङ्घन गरेमा त्यसबापत कानूनी दायित्व बहन गराउन वा करारको यथोचित परिपालना गर्न गराउन सकिने गरी भएका सम्झौताहरु नै वास्तवमा करार हुन्छन् र यस प्रकारका करारले नै वैधता र मान्यता पाउँछन् भन्ने बुझ्नुपर्दछ ।

करारको मूल मर्मको रुपमा रहेको यथावत परिपालना (Specific Performance) को सम्बन्धमा साविक करार ऐन, २०५६ को दफा ८६ र हाल संहिताको दफा ५४० ले व्यवस्था गरेको पाइन्छ । यो कानूनी व्यवस्थाअनुसार करार उल्लंघन भएको कारणबाट मर्का पर्ने पक्षलाई पुग्न गएको वास्तविक हानी नोक्सानी बापत नगद क्षतिपूर्ति मनासिब र पर्याप्त नहुने भएमा त्यसरी मर्का पर्न गएको पक्षले क्षतिपूर्तिको दावी गर्नुको सट्टा करारको यथावत् परिपालनाको दाबी गर्न सक्ने भन्ने कानूनी व्यवस्था हो । यस सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतबाट धेरै मुद्दाहरुमा फैसला भई प्रतिपादित भएका सिद्धान्तले करार कानून र यससँग सम्बन्धित हाम्रो व्यवहारलाई अझ परिष्कृत गरेको देखिन्छ । यसै सन्दर्भमा करार ऐन, २०५६ को दफा ८६ (२)(ङ) ले करार उल्लंघन गर्ने पक्षले करारको यथावत् परिपालन गरिपाऊँ भनी मागदावी गर्न नपाउने बारेमा स्पष्ट गरेको थियो भने हाल संहिताको दफा ५४०(२)(ङ) मा सो व्यवस्था रहेको छ।

यसरी दुई पक्षहरुको विचारको मेल अर्थात मिलनबाट करारको सिर्जना हुने र त्यो मिलनबाट सिर्जना हुने करार, जुन पूरा गर्न सकिन्छ, जुन सार्वजनिक कानूनले निषेध गरेको छैन, जुन सार्वजनिक हितविपरीत छैन, जसमा डर त्रास दबाब जालसाज अनुचित प्रभावको अंश देखिँदैन, स्वेच्छाले कुनै कार्य गर्न वा नगर्नका लागि कुनै पक्षहरुबीच सहमतिमा पुग्छन् भने त्यो बैध करारको रुपमा रहेको मान्न सकिन्छ भने त्यस प्रकारको करारले मात्र कानूनी

[41] Merrit vs. Merrit (1970) 2 AII ER 760 करार कानुन, भरतराज उप्रेती, फ्रिडिल तेस्रो संस्करण २०६६ पृष्ठ ५५

वैधता र मान्यता प्राप्त गर्न सक्तछ ।[42] यसरी दुई पक्षबीच कानूनी दायित्व सृजना हुने गरी तोकिएका शर्तहरुको अधीनमा रहि करार गरिने र त्यस्तो करारले कानूनी मान्यता पाउने भए तापनि करारको मान्यताकै बिषयमा हामीले निम्न कुराहरुमा चर्चा गर्न सान्दर्भिक देखिन्छ ;

क) करारमा हुने भुल

करारमा हुने भुल करार कानून अन्तर्गतको एक महत्त्वपूर्ण अवधारणा हो । यो बिषय करारको मान्यता र करारको परिपालनासँग अन्तर्निहित हुने गर्दछ। करार निर्माणका क्रममा करारका पक्षले भुलवश गर्ने गलत प्रकृतिका सम्झौता वा गलत शव्दको प्रयोग हुनु नै करारमा हुने भुल हो । करारको विषय वा लेनदेनको प्रकृतिमा हुने भुल, सम्झौताको शर्तहरुमा गल्ती र करारका पक्षको पहिचान नखुलाइएको कारणले उत्पन्न हुने भुललाई भने यदाकदा करार गर्दाको अवस्थामा गरिने झुक्यान सरह हेरिने गरेको छ । तर करारमा हुने झुक्यानलाई भुलको रुपमा चित्रण गर्न भने मिल्दैन । एक पक्षले अर्को पक्षलाई गलत तथ्यको प्रयोग गर्दै धोखा दिने मनसाय राखी गरिएको करारलाई करारमा हुने झुक्यान भनिन्छ, तर भुलमा कुनै तथ्य वा कानूनको विषयमा दुबै पक्षको अज्ञानताले भुल वा त्रुटि गरिएको हुन्छ । यस अवस्थामा करारको परिपालनाको सम्भावनाको विद्यमानता हेरिन्छ र यस किसिमको करार बदर हुने नहुने निक्यौंल गरिन्छ । करारमा हुने भुललाई सामान्यतया तीन प्रकारको रुपमा हेरिने पनि गरिन्छ; पहिलो दुबै पक्षको गलत विश्वासका कारण हुने साझा भुल, दोस्रो दुबै पक्षले आफ्ना आफ्ना तथ्यमा र एक अर्काको उद्देश्यको बारेमा गलत जानकारी राखि गरेको भुल र तेस्रो करारको कुनै एक पक्षले आफ्नो परिचय वा सम्झौताको शर्तहरुमा गरेको भुल । यसरी सामान्यतः करारमा गरिएको भुलका कारण करार प्रथम विन्दुमै शून्य हुन पनि सक्दछ । विश्वासमा कुठाराघात गरिएको कारणले भएको करारले कानूनी मान्यता पाउँदैन र यसले कानूनी सम्बन्ध पनि स्थापित गर्न सक्दैन । Ruffles vs Wichelhaus[43] (1864) मुद्दामा Ruffels र Wichelhaus ले फरक-फरक पानीजहाजको नाम 'Peerless' भएको र दुबैले एकै पानीजहाज सम्झी बम्बईबाट बेलायतको लिभरपुलमा कपास ढुवानी गर्दा विवाद उठेकोमा Court of Exchequer ले दुबै पक्षद्वारा गलत तथ्यको विश्वासले निर्माण भएको करारको परिपालना हुन नसक्ने भनी करार बदर गर्ने फैसला गरेको थियो । त्यसकारण करार निर्माण हुँदा पक्षहरुबीच हुने भुलले करारको परिपालना नै नहुने अवस्था पनि सिर्जना हुने गर्दछ ।

ख) करार र झुक्यान

करार गर्दाका बखत कुनै एक पक्षले करारका तथ्यहरुलाई झुक्याउने हिसाबले करार गरेको रहेछ भने त्यस्तो करारले मान्यता प्राप्त गर्न सक्तैन । करारको कुनै एक पक्षले अर्को पक्षलाई गुमराहमा राखि वा गलत तथ्य प्रस्तुत गरी गरिएको करार बदरभागी हुन्छ र यस्ता किसिमका करारलाई

[42] करार कानुन सम्बन्धः अचल सम्पत्तिसँग, प्रमोद कुमार बैध, न्यायदूत २०६८-६९ पूर्णाङ्क २०१, सम्मेलन विशेषाङ्क पृष्ठ ५५

[43] Raffles v Wichelhaus (1864) 2 Hurl & C 906

झुक्यानमा गरिएको करार भनिन्छ। कुनै पक्षले सही अर्थमा सही मनसाय राखेर सम्झौता गरे तापनि अन्जानमा गलत तथ्य प्रस्तुत गरी करार गर्न सक्दछ । करार कानूनमा झुक्यानलाई सामान्यतया तीन प्रकारले हेरिन्छ; पहिलो, पक्ष निर्दोष भएको अवस्था, दोस्रो, पक्षको लापरवाहीले झुक्यान भएको अवस्था र तेस्रो, पक्षले जालसाजी तवरले गरेको झुक्यान । मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५१८ (२) को 'घ' मा झुक्याई गरिएको करारलाई बदर गराउन सकिने करार भनी व्यवस्था गरिएको छ । सो दफामा मनासिब आधारबिना झुट्टा विवरण वा तथ्य दिएको, कुनै पक्षलाई मर्का पर्ने गरी बहकाएको, करारको विषयवस्तुमा गल्ती गराएको र एक विषयमा करार भएको विश्वास दिलाई अर्को विषयमा करार गराएको अवस्थालाई झुक्याई गरिएको करार हुने र त्यस प्रकारको करारलाई बदर गराउन सक्ने व्यवस्था गरिएको छ। तसर्थ करारमा हुने झुक्यानले करारको मान्यता र यसको बैधानिकतामा समेत प्रत्यक्ष असर पार्न सक्दछ ।

ग) करार र जालसाज

जालसाज गरी गरिएको करारले समेत करारको मान्यतामा स्पष्ट असर पुऱ्याउँदछ । जालसाजी तवरले दुराशय राखि गलत तथ्य प्रस्तुत गरी वा अर्को पक्षलाई झुक्याई जालसाजपूर्वक धोखा दिने नियतले निर्माण गरिएको करार बदर गराउन सकिने करार हुन । मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५१८ (२) को (ग) मा जालसाजबाट भएको करारलाई बदर गराउन सकिने व्यवस्था रहेको छ। करार गर्ने पक्ष वा निजको प्रतिनिधिले अर्को पक्ष वा निजको प्रतिनिधिलाई धोका दिने नियतबाट कुनै कुरा सत्य होइन भन्ने जानकारी हुँदाहुँदै त्यस्तो कुरा सत्य हो भनी विश्वास दिलाएको वा विश्वास पर्न सक्ने कुनै काम कारबाही गरेको वा कुनै तथ्यका बारेमा जानकारी हुँदाहुँदै त्यस्तो तथ्य जानीजानी लुकाएको वा कानूनबमोजिम जालसाज हुने अन्य कुनै काम गरेको भए जालसाज गरेको सम्झनुपर्छ भनी उल्लेख गरिएको छ । सो दफालाई बिश्लेषण गरी हेर्दा, करार गर्दा कुनै एक पक्षको मनसायलाई प्रमुख तत्त्वका रुपमा राखेको देखिन्छ । कुनै एक पक्षले वा निजको प्रतिनिधिले कुनै अर्को पक्ष वा निजको प्रतिनिधिलाई धोखा दिने नियत राखेको पुष्टि भएमा वा नभए नगरेको र असत्य कुराको जानकारी हुँदाहुदै सत्य हो वा सत्य कुरालाई असत्य हो भनी बताएको पुष्टि भएमा त्यसरी गरिएको करार बदर हुने भनी उल्लेख भएको छ । यसबाट हामीले करार गर्ने व्यक्तिको मनसायले समेत करारको मान्यतामा प्रत्यक्ष सरोकार राख्दछ भनी बुझ्नुपर्ने हुन्छ ।

घ) अनुचित प्रभावबाट भएको करार

करारका दुबै पक्षबीच स्वतन्त्र सहमति हुनु करारको आधारभूत तत्त्व हो । एक पक्षले अर्को पक्षलाई प्रभावमा पारी आफ्नो इच्छा अनुरुप कार्य गराउन र अनुचित लाभ उठाउने उद्देश्यले गरिएको करारलाई पनि मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५१८ (२) को (ख) मा बदर गराउन सकिने करार भनी व्यवस्था गरिएको छ। आफ्नो प्रभावमा रहेको र आफ्नो इच्छानुसार काम गराउन सकिने व्यक्तिबाट आफ्नो हित वा स्वार्थका लागि कुनै अनुचित लाभ उठाउने मनसायले त्यस्तो व्यक्तिउपर

पारेको प्रभावलाई अनुचित प्रभाव भनी व्यवस्था गरिएको छ। यस किसिमबाट भएको करारलाई समेत कानूनले मान्यता दिएको छैन।

ङ) गैरकानूनी करार

केही विषयलाई कानूनले मुखरित रुपमा बन्देज लगाएको अवस्थामा पनि सो विषयमा करार हुन्छ भने त्यस किसिमको करार कानूनी रुपमा अमान्य र बदर हुन्छ । उदाहरणका लागि नेपालमा 'खैरो हिरोइन' को किनबेच र ओसारपोसार निषेध गरिएको छ र सो कार्यलाई गैरकानूनी कार्य भनिएको छ । 'क' र 'ख' बीच ५० किलो हिरोइन खरिद गर्ने करार भएमा सो करार गैरकानूनी करार मानिन्छ । मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५१७ को उपदफा २(ख) मा त्यस किसिमका कानूनले निषेध गरेको र गैरकानूनी उद्देश्य बोकेका करार बदर हुने व्यवस्था छ । यसरी कानूनले रोक लगाएको विषयसँगको सम्झौताले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्न सक्दैन र त्यो सम्झौता केवल सम्झौता मात्र रहन गई शून्य अवस्थामा पुग्दछ ।

च) अनुचित समृद्धि (Unjust Enrichment):

केही कार्य नगरिकन लाभ प्राप्त गर्नु न्यायिक हुँदैन। यस्तो अवस्थामा लाभ प्रदान गर्ने पक्षलाई अन्याय हुन जान्छ। एक पक्षको नोक्सानी हुँदा अर्को पक्षलाइ लाभ वा सुविधा हुन्छ भने त्यसलाई अनुचित समृद्धि भनिन्छ। त्यसकारण कानूनले कसैको फाइदामा अर्को पक्षलाई हानि हुन्छ भने त्यस बिषयलाई कानूनको दायरामा ल्याई नियमन गर्छ । मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ६६४ मा कुनै व्यक्तिले कानूनसम्मत काम गर्नुपर्ने वा दायित्व पूरा गरिदिनुपर्ने कारण बिना कसैले कसैबाट कुनै लाभ वा सुविधा प्राप्त गरेमा त्यसरी लाभ वा सुविधा प्राप्त गर्ने व्यक्तिले अनुचित समृद्धि प्राप्त गरेको मानिनेछ भनी व्यवस्था गरेको छ। **Black's Law dictionary** मा अनुचित समृद्धिलाई **"The retention of a benefit conferred by another, without offering compensation, in the circumstances where compensation is reasonably expected."** भन्ने परिभाषा गरिएको छ। नेपालको सर्वोच्च अदालतले **कृष्णबहादुर श्रेष्ठविरुद्ध अमर आदर्श माध्यमिक विद्यालय वानेश्वरसमेतको**[44] मुद्दामा "क्षतिपूर्तिको रकम अत्यधिक वा वेमुनासिव भई एक पक्षले अर्को पक्षबाट वेमुनासिव लाभ वा फाइदा **(Unjust Enrichment)** पाउने अवस्थामा क्षतिपूर्ति भनी उल्लेख गरिएको रकमले पेनाल्टी वा जरिवानाको रुप पनि धारण गर्न सक्ने" भनी करारको एक पक्षलाई अनुचित समृद्धि हुनबाट रोकेको दृष्टान्त छ।

छ) पुनर्स्थापना (Restitution):

कुनै व्यक्तिको नोक्सानीमा अर्को व्यक्तिलाई लाभ भएको छ भने अनुचित समृद्धि प्राप्त गरेको व्यक्तिले हानि पुग्न गएको पक्षलाई पुनर्स्थापना गरिदिनुपर्ने बाध्यात्मक व्यवस्था कानूनले गरेको छ । कसैले आफूले लिन नहुने कुनै वस्तु भूलवश लिएमा वा प्राप्त गरेमा निजले जसबाट त्यस्तो वस्तु लिएको वा

[44] ने.का.प २०६८ अङ्क ६ नि.न. ८६३५

प्राप्त गरेको हो सो निजलाई नै फिर्ता गर्नुपर्ने छ ।[45] कसैले भूलवश आफू कसैप्रति ऋणी रहेको ठानी कसैलाई तिर्नु नपर्ने कुनै ऋण रकम तिरेकोमा निजले त्यस्तो ऋण तिर्नु नपर्ने कुरा प्रमाणित गरेमा त्यस्तो रकम प्राप्त गर्ने व्यक्तिले निजलाई त्यस्तो रकम फिर्ता गर्नुपर्ने छ ।[46] कसैले आफ्नो दाबी नपुग्ने कुनै रकम वा वस्तु कसैबाट बदनियतपूर्वक प्राप्त गरेमा निजले त्यस्तो रकम वा वस्तु र त्यस्तो रकम वा वस्तु प्राप्त गरेको दिनदेखि फिर्ता गरेको दिनसम्म त्यस्तो रकममा कानूनबमोजिम लाग्ने ब्याज वा त्यस्तो वस्तुबाट प्राप्त गरेको लाभ वा प्रतिफलसमेत फिर्ता गर्नुपर्नेछ । त्यसैगरी प्राप्त गरेको रकम वा वस्तुको कारणवश हानि, नोक्सानी भएमा त्यसबापतको क्षतिपूर्तिसमेत निजले बुझाउनुपर्ने कानुनी व्यवस्था रहेको छ ।[47]

६. करारको बैधानिकता र परिपालना

कुनै पनि सम्झौता करार बन्नका लागि त्यसमा आवश्यक तत्त्वहरू समाहित हुनुपर्छ । कानूनबमोजिम मान्य नहुने करार बदर हुने करार मानिन्छन् भने ईच्छा र अनुचित प्रभावमा पारेर गरिएको करार बदर गराउन सकिने करारमा पदर्छन् । नेपालको करार कानूनमा कानूनले निषेध नगरेको पेशा, व्यापार वा व्यवसाय गर्नबाट कसैलाई रोक लगाइएको करार, सर्वसाधारणले उपभोग गरिरहेको सुबिधा कसैलाई उपभोग गर्नबाट रोक लगाउने करार, कसैले पाएको कानूनी अधिकार कुनै अदालतबाट प्रचलन गराई पाउनबाट रोक लगाइएको करार, कानूनको विरुद्धमा भएको वा प्रचलित कानूनले निषेध गरेको कुरामा गरेको करार, अनैतिक उद्देश्यको लागि वा सार्वजनिक व्यवस्था वा हितको विरुद्धमा गरिएको करार, विषयवस्तु करार गर्ने पक्षरूलाई स्पष्ट रूपमा थाहा नभएबाट पूरा गर्न नसकिने अवस्थामा भएको करार, करार गर्दाकै अवस्थामा पूरा गर्न असम्भव भएको करार वा काल्पनिक करार, करार गर्न अयोग्य व्यक्तिबाट भएको करार, गैरकानूनी उद्देश्य भएको करार र करारको अत्यावश्यक तथ्यको विषयमा करार गर्दाका बखत करारका दुवै पक्षहरूको भुलबाट भएको करार बदर हुने कानूनी व्यवस्था रहेको छ ।[48]

त्यसैगरी कुनै एक पक्षले अदालतबाट पनि करारलाई बदर घोषित गराउन सक्दछन्। यस्ता किसिमका करार भने स्वतः बदर हुँदैनन् । कुनै पक्षले सो करारलाई अदालतमा प्रवेश गराएको अवस्थामा मात्र बदर घोषित गर्न सकिन्छ । करकापबाट भएको करार, अनुचित प्रभावबाट गरिएको करार, जालसाजबाट भएको करार र झुक्याई भएको करारलाई अदालतमा प्रवेश गराई बदर गराउन सकिन्छ ।[49] यसरी मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ ले कानूनबमोजिम मान्य नहुने करारलाई बदर हुने करार अन्तर्गत र कानूनको विरुद्धमा भएको वा प्रचलित कानूनले निषेध गरेको कुरामा भएको करार बदर हुने करार अन्तर्गत राखेको पाइन्छ ।

[45] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ दफा ६६५

[46] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ दफा ६६६

[47] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ दफा ६६७

[48] मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा ५१७

[49] ऐ.ऐ. ५१८

सबै सम्झौता करार नहुने र जुन सम्झौताले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्छ, त्यस्तो सम्झौतालाई मात्रै करारको रूपमा ग्रहण गर्न सकिन्छ भनेर माथि नै उल्लेख गरी सकियो । कुनै पनि सम्झौताले करारको रूपमा वैधानिकता प्राप्त गर्न करार निर्माणको अवस्थामा विद्यमान तत्त्वहरु समेटिएको हुनुपर्छ । ती तत्त्वहरू समाविष्ट भएका सम्झौताले मात्रै करारको स्वरुप ग्रहण गर्दछन्।

यसरी करारका पक्षहरूद्वारा सम्झौताबमोजिम सिर्जना गरिएको दायित्व पूरा गर्नु नै 'करारको परिपालना' (Performance of Contract) भन्ने बुझिन्छ । करारका पक्षहरुले सम्झौतामा राखिएको शर्तअनुसार आफ्नो दायित्व पूरा गर्नुपर्छ । परिपालना करार सम्झौताको समाप्ती गर्ने विधिहरूमध्ये एक हो । सम्झौता समाप्त भएपछि सो विषयमा पक्षहरूसँग एक अर्का बिरूद्धको थप अधिकार र दायित्व कायम रहँदैन ।

करार हुँदाका बखत करारबाट सिर्जना भएका दायित्व वहन गरी सो दायित्व जसरी पूरा गर्न तय गरिएको थियो हुबहु सम्पन्न गरिनु करारको परिपालना हुनु हो । यसरी करार गर्ने पक्षले आफ्नो दायित्व पूरा नगरेसम्म करारमा उल्लिखित शर्तहरु उनीहरुका लागि बन्धनकारी रहे भएका हुन्छन् । जुन काम वा उद्देश्यका लागि करार भएको हो सो काम वा उद्देश्य प्राप्त गरेको हुनुपर्छ । यस्तो उद्देश्य प्राप्त नभएको अवस्थामा सारभूत रुपमा काम सम्पन्न भएको मान्न सकिँदैन ।[50] उनीहरुले सो करार पूरा नगरेको अवस्थामा अर्को पक्षलाई मर्का पर्न गएमा सोको भरण गर्नुपर्ने हुन्छ । यसरी करार गर्ने व्यक्तिको सो करारको परिपालना नहुँदैका अवस्थामा मृत्यु भएमा वा होस ठेगानमा नरहेमा पनि सो करारीय दायित्व समाप्त हुँदैन । करार गर्ने पक्षले वहन गर्न स्वीकार गरेको दायित्व उसका हकवालाले पूरा गर्नुपर्ने हुन्छ । तर निजी योग्यताको आधारमा पूरा गर्नुपर्ने दायित्व भने करार गर्ने व्यक्तिको मृत्यु भएमा वा होस ठेगानमा नरहेमा स्वतः समाप्त हुने हुन्छ । यस्तो दायित्व कसैमा सर्न सक्ने हुँदैन र सर्दैन । त्यस्तै करार गर्ने एक पक्षले कुनै हक प्राप्त गर्ने रहेछ भने उसले सो हक करार गर्ने अर्को पक्ष भएसम्म उसैबाट र उसको मृत्यु भएमा वा होस ठेगानमा नभएको अवस्थामा ऊबाट प्राप्त हुन नसक्ने स्थिति उत्पन्न भई सो दायित्व हकवालाबाट भराई लिन पाउने हुन्छ । तर योग्यताको आधारमा पूरा गर्नुपर्ने दायित्व हकवालामा नसर्ने हुनाले करार गर्ने पक्षको मृत्यु भएपछि वा होस ठेगानमा नरहेपछि अर्को पक्षले सो पक्षबाट पाउने हक स्वतः समाप्त हुन्छ । अर्थात निजी योग्यताको आधारमा कुनै करार गरिएको र सो करार पूरा हुनु अगाबै करारको परिपालना गर्नुपर्ने व्यक्तिको मृत्यु भएमा वा होस् ठेगानमा नरहेमा उसले पूरा गर्नुपर्ने दायित्व उसको हकवालामा सर्न व्यवहारतः पनि असम्भव रहेको हुँदा सो दायित्व हस्तान्तरित हुन सक्दैन ।

हाम्रो प्रचलित मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ मा करार अन्तर्गतको हक र दायित्व सर्ने भनी, व्यक्तिगत दक्षता वा योग्यताको आधारमा प्राप्त गरेको हक र दायित्व त्यस्तो हकवालामा सर्ने छैन तर करार गर्ने कुनै व्यक्तिको मृत्यु भएमा वा निजको होस ठेगानमा नरहेमा त्यस्तो करारबमोजिम प्राप्त हुने हक त्यस्तो करार गर्ने व्यक्तिको सम्पत्ति प्राप्त गर्ने हकवालामा सर्नेछ भने प्रावधान रहेको पाइन्छ[51]

---

[50] ने का प २०६७, अङ्क ५, निर्णय नं ८३६८

[51] मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा ५२८

यसरी सम्झौता हुँदा जुन कार्य जसरी गर्ने भनिएको थियो सो कार्य अलिकति पनि फरक नपारी त्यसरी नै सम्पादन गरिएको हुनुपर्दछ भन्ने कुरा करारको परिपालनासम्बन्धी सामान्य नियम हो । करार परिपालनासम्बन्धी यो नियमलाई पूर्ण परिपालना Absolute Performance को नियम पनि भनिन्छ ।[52]

करारको परिपालना करारको प्रमुख उद्देश्य भएकाले परिपालनाले करारको अस्तित्वको संरक्षण गरेको हुन्छ । त्यसैले करार गर्ने प्रत्येक पक्षले करारबमोजिमको आ-आफ्नो दायित्व पूरा गरको अवस्थामा करार स्वतः समाप्त हुन्छ । जब सम्झौताको निर्दिष्ट उद्देश्य पक्षहरूद्वारा पूरा हुन्छ तव करार सम्पन्न हुन्छ । करारका पक्षहरुको उद्देश्य पूरा हुनु नै करार परिपालनाको महत्त्वपूर्ण पक्ष हो । त्यसैले Contract Law: A comparative study मा भनिएको छ "The performance is the main objective for which the parties make a contract. Performance is the contractual duty. The manner of performance is mentioned in the contract itself. It is not prescribed, it has to be performed according to the rules of contract law, uses of trade, precedents of courts etc. By performance of the contract is terminated or comes to a happy ending. Nonperformance is a breach of contract for which law provides remedy. In conclusion, it can be said that performance of contract in good faith is not only a legal duty but also an honorable duty of every person (natural or legal alike)[53]

एक पक्षले आफ्नो तर्फबाट पूरा गर्नुपर्ने दायित्व बाँकी राखी अर्को पक्षलाई उसको तर्फबाट पूरा गर्नुपर्ने दायित्व पूरा गर्न लगाउने गरी दाबी गर्न भने मिल्दैन । त्यसो गर्न दिएमा करारको एकपक्षले मात्र सुविधा पाउने स्थितिको सिर्जना हुन जान्छ । यस सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतबाट कैयौं सिद्धान्तहरु प्रतिपादन भएका छन् । दुई पक्षबीच एकआपसमा सम्झौता भएपछि सम्झौतामा उल्लेख भएका शब्दहरूको पालना दुवै पक्षबाट हुन आवश्यक हुन्छ । यदि सम्झौताबमोजिम कर्तव्य पालना गर्नुपर्ने पक्षबाट पालना भएन भने सम्झौताबमोजिम अर्को पक्षले सम्झौता कायम राख्ने वा नराख्ने भन्ने सम्बन्धमा पुनर्विचार गर्नु स्वभाविकै हुने [54] भनी सर्वोच्च अदालतबाट फैसला भएको पाइन्छ ।

करार गर्ने पक्षको दायित्वको सम्बन्धमा करारसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था हेर्दा, कुनै विषयको दायित्व जसले पूरा गर्नुपर्ने गरी सिर्जना भएको छ वा जुन पक्षले जे दायित्व लिएको हुन्छ सोही व्यक्तिले त्यस्तो विषयको दायित्व पूरा गर्नुपर्ने छ। करार गर्ने प्रत्येक पक्षले करारबमोजिमको आफ्नो दायित्व पूरा गर्नुपर्ने छ भन्ने कानूनी व्यवस्था मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ मा रहेको छ ।[55]

७. नेपालमा करार कानूनको विकासमा सर्वोच्च अदालतको भूमिका

करार कानूनको विस्तारित र ठोस व्यवस्था नभएको समयदेखि नै नेपालमा करार कानूनको विकासका लागि अदालतले टेवा पुर्‍याउँदै आइरहेको छ । नेपालमा करार कानूनको प्रारम्भको रुपमा १९१० को मुलुकी ऐनमा

---

52 करार कानुन, भरतराज उप्रेती, फ्रिडिल, तेस्रो संस्करण २०६६, पृष्ठ २२९

53 Yadav Kumar KC, *Contract Law, A comparative study*, Pairavi Prakashan, first edition 2016, pp157

54 ने का प २०५१, अङ्क ८, निर्णय नं ४९६३

55 मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा ५२१

रहेको पैसा लिने दिने सम्बन्धमा साहु-आसामीको महल र लेनदेन व्यवहारको महलमा रहेका विभिन्न व्यवस्थालाई लिन सकिन्छ । उक्त ऐन वि.सं. १९९२ सालमा संशोधन हुँदा धर्मपुत्रको कागज र अचल सम्पत्तिको सट्टापट्टा वा बेचबिखन गर्दा लिखित सम्झौता गर्नुपर्ने र सो सम्झौता सम्बन्धित अड्डामा गई रजिष्ट्रेसन पास गर्नुपर्ने गरी रजिष्ट्रेसनको महल थपिएको पाइन्छ । मौजुदा कानूनमा थुप्रै यस्ता व्यवस्थाहरु थपिएपश्चात् सृजना भएका विवादहरुको समाधानका निमित्त अदालतको सहायता लिनुपर्ने क्रम पनि बढदै गएको देखिन्छ । करार सम्बन्धमा छुट्टै कानून वा स्पष्ट व्यवस्था नभए पनि विकास समिति ऐन, २०१२ को दोस्रो संशोधन २०१४ ले दफा ९ थप गरी समितिसँग भएको कुनै सम्झौता र त्यसलाई कार्यान्वयन गर्ने कुराको सम्बन्धमा उठ्ने झगडा निर्णयको लागि मध्यस्थ पठाउनुपर्ने गरी सम्झौतामा व्यवस्था भएकोमा सोही सम्झौता अनुसार नियुक्त भएको मध्यस्थले झगडाको निर्णय गर्ने व्यवस्था भएकोबाट करार र विवाद समाधान बारेको अवधारणा २०१४ मै विकास भएको देखिन्छ । वि.सं. २०२० मा बनेको नयाँ मुलुकी ऐन जारी भएसँगै कुनै पनि रूपैयाँ पैसाको लेनदेनका विषयमा मात्रै करारीय विषय सीमित नभएर अन्य विषयलाई पनि समेटेको पाइन्छ । यसवाट करारको दायरा फराकिलो भएको देखिन्छ । दुई पक्षका विचमा भएको वैध सहमति उल्लंघन गरेमा नालेश दिन सकिने भन्ने समेत व्यवस्था मुलुकी ऐन, २०२० मा गरिएकोलाई अदालतवाट समेत सो कारोवारलाई करारको रुपमा परिभाषित गरिदै[56] आए तापनि करारसम्बन्धी विषयलाई विशेष कानूनमार्फत नै व्यवस्थित गर्नुपर्ने आवश्यकतालाई मध्यनजर गर्दै करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ लागू गरियो ।

करारीय दायित्व बहनका सम्बन्धमा करार उल्लंघन भए उपर कानूनी उपचारको व्यवस्था कानूनमा स्पष्ट उल्लेख नभएको अवस्थामा पनि सर्वोच्च अदालतले **जनक सिंह सहगल वि. द्वारिका प्रसाद आर्य**[57] को निषेधाज्ञा मुद्दामा केही बोलेको देखिन्छ । करारको परिपालना गराउने क्रममा निषेधाज्ञा जारी हुनुपर्ने हो वा होइन भन्ने मुख्य प्रश्न रहेको विवादित विषयमा निषेधाज्ञा जारी नगरिए तापनि निषेधाज्ञालाई करार उल्लंघनको उपचारका रूपमा ग्रहण गर्न मिल्ने भनी सो मुद्दामा व्याख्या गरेको पाइन्छ । करारीय दायित्वका सम्बन्धमा तत्काल उपचार प्राप्त नभएमा करारको यथावत परिपालना हुने अवस्थाको अन्त हुन जाने कुरालाई मध्यनजर गरी करार ऐन, २०५६ को दफा ८७ मा उपयुक्त आदेशको व्यवस्था गरिएको र यस सम्वन्धमा करार ऐन, २०५६ को दफा ८७ (१)(२) बमोजिम प्रदान गरिने उपचार तत्कालीन वा अस्थायी प्रकृतिको भए पनि मुद्दाको रोहमा प्रदान गरिने र अन्तरकालीन प्रकृतिको नभई अन्तिम आदेश नै हुँदा १७ नं को निवेदन लाग्ने नभई पुनरावेदन नै लाग्ने देखिन आउने भनी **नेपाल टेनिङ इन्डष्ट्रिज प्रा. लि विरुद्ध सि म्याक्स फुड प्रा. लि**[58] भएको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतको पूर्ण इजलासबाट फैसला भएको देखिन्छ। यही विगतको कानूनी व्यवस्थालाई अहिले प्रचलित मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५४० मा समेत निरन्तरता दिइएको छ ।

---

[56] ने.का.प. २०४०, नि.नं. १६५३, अंक ५

[57] ने.का.प. २०१९, नि.नं. १७४, अंक १०

[58] ने.का.प.२०७४, नि.नं. ९८२१, अंक ६

सार्की कामीसमेत वि. कान्छो कामी[59] भएको करारअनुसार लिखत पास गराई पाउँ मुद्दामा, सम्झौता र करारका बीचको भिन्नताको विवादलाई छिचोल्दै करारको परिभाषा र करारका महत्त्वपूर्ण तत्त्वको रूपमा रहेको प्रस्ताव र स्वीकृतिको उपस्थिति रहेको सम्झौताले करारको मान्यता प्राप्त गर्न सक्ने भनी फैसला भएको छ । वर्तमान करार कानून तथा अन्य करारसँग सम्बन्धित मध्यस्थ कानून जस्ता कानूनहरुमा करारको ढाँचा यहि नै हुनुपर्छ भनी तोकिएको छैन । अदालती अभ्यास हेर्दा, करारको यस्तो ढाँचा हुन्छ र करारमा यस्ता शब्दहरु हुनुपर्छ भनी भन्न मिल्दैन भनी व्याख्या भएको पाइन्छ । यसले गर्दा नेपालमा ठेक्का व्यवसायमा हुने करार सम्झौतालाई विश्व बैंकले एउटा मोडलका रुपमा राखेको पाइन्छ भने एसियाली विकास बैंकले अर्कै मोडलमा करारको ढाँचा बनाएको पाइन्छ । नेपालमा बढी सम्झौता हुने नेपाल विद्युत प्राधिकरण, नेपाल टेलिकम, सडक, भवन निर्माण जस्ता सरकारी निकाय र संस्थानको ठेक्का सम्झौतामा पनि एउटै मोडल रहेको पाइदैन । सरकारी निकायहरुबाट हुने सम्झौताहरुमा नै पनि विविधता रहेको पाइन्छ । एउटा कार्यालय र अर्को कार्यालयबाट हुने करारीय सम्झौतामा एकरुपता देखिँदैन । सरकारी निकायबाट हुने निर्माण एवम् खरिदसम्बन्धी सम्झौताका लागि सार्वजनिक खरिद अनुगमन कार्यालयहरुबाट केही निश्चित ढाँचाहरु निर्माण गरी सबै सरकारी कार्यालयहरुलाई त्यसको प्रयोग गर्न भनिए पनि त्यसलाई कार्यालयहरुले आफ्नो आवश्यकताका आधारमा परिमार्जन गरी सम्झौता गर्न सक्ने नै देखिन्छ । त्यसैले त करारलाई दुई पक्षबीचको कानून भनेर भनिन्छ । यसै सन्दर्भमा **रामस्वरुप यादवविरुद्ध नेपाल शिक्षा मन्त्रालयसमेत**[60] भएको मुद्दामा करार कानून विशुद्ध रूपमा दुई पक्षबीच लागू हुने कानून हो, दुई पक्षबीचको स्वतन्त्र सहमतिमा भएको वैध करारले सम्बन्धित पक्षको हकमा कानून सरह मान्यता पाउँछ भन्दै करार कानूनले अन्य सार्वजनिक कानूनको हैसियत ग्रहण गर्न नसक्ने भनी फैसला भएको छ ।

बाबुराम राई वि. सरिता देवकोटा दाहाल[61] को लेनदेन मुद्दामा, शर्त तथा मञ्जुरी दुवै पक्षहरूको अधिकार तथा दायित्वलगायतका विषयहरू कुनै पनि सम्झौतामा स्पष्ट रुपमा उल्लेख भएको रहेछ भने त्यस्तो सम्झौतालाई करारको मान्यता दिनुपर्छ भनी सर्वोच्च अदालतले फैसला गरेको छ । उक्त मुद्दामा अदालतबाट भएको व्याख्याले त्यस बेलाको करार कानूनको बुझाइलाई थप स्पष्ट पार्न मद्दत पुऱ्याएको देखिन्छ ।

यस्तै, करारको मूल मर्मको रुपमा रहेको यथावत परिपालना (Specific Performance) हाल संहिताको दफा ५४० मा रहेको छ । यो कानूनी व्यवस्थाअनुसार करार उल्लंघन भएको कारणबाट मर्का पर्ने पक्षलाई पुग्न गएको वास्तविक हानिनोक्सानीबापत् नगद क्षतिपूर्ति मनासिव र पर्याप्त नहुने भएमा त्यसरी मर्का पर्न गएको पक्षले क्षतिपूर्तिको दावी गर्नुको सट्टा करारको यथावत् परिपालनाको दाबी गर्न सक्ने भन्ने कानूनी व्यवस्था हो । यस सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतबाट धेरै मुद्दाहरुमा फैसला भई प्रतिपादित भएका सिद्धान्तले करार कानून र यससँग सम्बन्धित हाम्रो व्यवहारलाई अझ परिष्कृत गरेको देखिन्छ । करार ऐन, २०२३ विशेष ऐनको रुपमा आउनु भन्दा

---

[59] ने.का.प. २०४८, नि.नं. ४३७०, अंक ९

[60] ने.का.प. २०७५, नि.नं. १०१६२, अंक १२

[61] ने.का.प. २०५८, नि.नं. ७०३४, अंक ९

पहिले मुलुकी ऐन लेनदेन व्यवहारको ३७ नम्बरबाट निर्देशित हाम्रो करारीय व्यवहार करार ऐन छुट्टै र विशेष ऐनको रुपमा आइसकेपश्चात् ऐनको दफा १०(२) को कानूनी व्यवस्था एवम् **तिर्थ राजकुमारी राणाविरुद्ध रामशङ्कर कसाइ**[62] भएको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट भएको करार गर्ने प्रत्येक पक्षले आफ्नो दायित्व पूरा गर्नुपर्छ, दुई वा दुईभन्दा बढी व्यक्तिहरू मिली संयुक्त रुपले कुनै अर्को पक्षसँग करार गरेमा करारबाट अन्य अभिप्राय नदेखिएमा संयुक्त रूपले करार गर्ने व्यक्तिहरुमध्ये कुनै वा सबैबाट सो बमोजिमको दायित्व पूरा गराउन सकिने छ भन्ने फैसलाबाट प्रचलित नेपाल कानूनविरुद्ध नभएका करारीय दायित्व पूरा गर्न करारका प्रत्येक पक्षलाई बाध्य गराएको देखिन्छ । यसै सन्दर्भमा **अन्जना निर्माण सेवा प्रा.लि.बिरुद्ध मध्यमाञ्चल सिंचाई विकास डिभिजन नं. २ को कार्यालय सिन्धुली**समेत[63] भएको मुद्दामा करारअनुसार पूरा गर्नुपर्ने दायित्व पूरा गरेको हुनुपर्दछ भन्ने कुरा करार कानूनको मान्य सिद्धान्त रहेको र करार ऐन, २०५६ को दफा ८६ (२)(ङ) ले समेत करार उल्लंघन गर्ने पक्षले करारको यथावत् परिपालना गरिपाऊँ भनी मागदावी गर्न नपाउने बारेमा स्पष्ट गरेको पाइन्छ ।

पतिको मृत्युपश्चात् पत्नीले करार सम्झौता गरी आफ्नो नाबालक छोराको हक मार्ने किसिमले आफ्नो घर वा सम्पत्ति अरू कसैलाई बेच्ने सम्झौता गर्नु हुँदैन । त्यसरी बिक्री गर्नुपर्ने नै भए पनि नाबालक छोराको हक लाग्ने सम्पत्ति भने आमाले जोगाएर राख्नु पर्ने दायित्व हुने भनी नाबालकको हक अधिकार संरक्षण गर्दै सर्वोच्च अदालतले **छेच्यू लामा वि. राजेन्द्र प्रसाद पंडित**[64] को मुद्दामा बोलेको पाइन्छ । यस नजिरबाट करारले कुनै पनि व्यक्तिको हक अधिकार कुण्ठित गर्न मिल्दैन भन्नेसमेत सिद्धान्तलाई केही हदसम्म स्थापित गरेको देखिन्छ । **विभा वाहुन कलवारविरुद्ध जिल्ला विकास समितिको कार्यालय कलैया बारासमेत**[65] भएको मुद्दामा मूल करारसँग बैंक जमानतसम्बन्धी करारको सन्दर्भ रहेको हुन्छ तापनि यो बैंक जमानतपत्र छुट्टै पक्षहरुका बीच सम्पन्न भएको स्वतन्त्र करार भएकाले मूल करारको विवादले यस्तो जमानत पत्रअनुसारको अधिकार तथा दायित्वको पालनामा अदालतले हस्तक्षेप गर्नु हुँदैन भनी फैसला गरेको पाइन्छ ।

यसै परिवेशमा करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ आउनुभन्दा पहिले र सो ऐन आएपश्चात् ऐनका कतिपय प्रावधानहरू अस्पष्ट हुनुका साथसाथै करारका अन्य विविध महत्त्वपूर्ण पक्षहरूलाई समेट्न नसकेकाले अर्को करार ऐनको आवश्यकता महसुस गरी नयाँ करार ऐन, २०५६ तर्जुमा गर्दा यसमा करारका नयाँ आयामहरूलाई समेत समेट्ने गरी विस्तृत प्रावधानहरु समावेश गरिएको र यस ऐनले करारका प्रकारहरूलाई विभिन्न परिच्छेदमा विभाजन गरी पुरानो ऐनमा रहेका अस्पष्टतामा कमी ल्याउने प्रयत्न गरी करारको परिपालनामा विवाद आएमा सो विवादको समाधान गर्ने माध्यम छनौट गर्ने अधिकार पक्षहरूमा नै निहित रहेको व्यवस्थालाई समेत विचार गरी करार ऐन र सोही समयमा **मध्यस्थता ऐन**समेत तर्जुमा गरिएको पाइन्छ ।

---

[62] ने.का.प. २०४९, नि.नं ४४४७, अंक १

[63] ने.का.प. २०६६ नि.नं ८१५४, अंक ५

[64] ने.का.प. २०५०, नि.नं. ४६७८, अंक १

[65] आदेश मिति २०६६/७/१५ श्रोत करार कानुन, भरतराज उप्रेती, फ्रिडिल, तेस्रो संस्करण २०६६, पृष्ठ ३३७

यसरी विगतमा रहेका करारसम्वन्धी कानूनी प्राबधानलाई थप प्रष्ट पार्न अदालतको भूमिका सराहनीय रहेको पाइन्छ । **गंगा बहादुर गुरूङ्ग वि. भगवती थापा**[66] को मुद्दामा लिखत कुनै पनि पक्षको ईच्छा विपरीत नभएमा यस्तो लिखतलाई करार भन्न नमिल्ने अवस्था छैन भनी करारको अर्थ लगाएको देखिन्छ । त्यस्तै, **सुदूर पश्चिम बस तथा मिनिबस व्यवसायी समिति वि. हिक्मत बहादुर मल्ल**[67] को मुद्दामा अदालतबाट पक्षहरूबीच स्वेच्छाले भएको करारको परिपालना दुवै पक्षले अनिवार्य रुपमा गर्नुपर्ने हुन्छ, एकपक्षीय रुपमा करारीय शर्तको उल्लंघन भएमा मर्का पर्ने पक्षले उपचारको खोजी गर्न नमिल्ने देखिँदैन, दुई वा दुईभन्दा बढी पक्षहरूबीच कुनै काम गर्न वा नगर्नका लागि भएको कानूनबमोजिम कार्यान्वयन गर्न सकिने सम्झौता नै करार भएकाले कानूनबमोजिम भएको करारलाई एकपक्षीय रुपमा उल्लङ्घन गर्न मिल्दैन, करारका पक्षहरू उपर नै करारीय दायित्व परिपालना गर्ने कर्तव्यनिहित रहेको हुन्छ भनी फैसला भएको र सो फैसलाले करारको शाब्दिक मर्म र अर्थलाई थप प्रष्ट पार्न मद्दत पुगेको देखिन्छ ।

त्यस्तै करार र करार कानूनको प्रकृति के कस्तो हुने भन्ने विषयमा अदालतले **नेपाल सरकार वि. ब्रुसुव भन्ने वी यु जियाङ**[68] भएको मुद्दामा विश्लेषण गरेको पाइन्छ। करारको शर्त पालन गरे, नगरेको सम्बन्धमा र त्यसबाट हुन गएको क्षति वा नोक्सानीको सम्बन्धमा करारसम्बन्धी ऐनले देवानी दायित्वको सिर्जना हुने अवस्था हुन्छ । शुद्ध रुपले करारीय दायित्व सम्बन्धमा परेको विवादको निरोपण पनि करार ऐन अनुरूप हुनुपर्ने हुन्छ । देवानी प्रकृतिको विवादलाई बलजफ्ती फौजदारी प्रकृतिको विवादको सिर्जना गर्ने गराउने तर्फ लाग्नु उचित नहुने भनी व्याख्या भएपश्चात् करार कानूनलाई हेर्ने दृष्टिकोणमा केही भिन्नता आएको अवस्था छ ।

साथै सर्वोच्च अदालतको वृहत पूर्ण इजलासले अचल सम्पत्ति बिक्री गर्न गरिने बैनापट्टाको कागजले सरकारी निकायमा दर्ता नभएसम्म करारको मान्यता नपाउने नजीर स्थापित गरेको छ। **तुलारत्न बज्राचार्य विरूद्ध तारा श्रेष्ठ पात्रवंश** को करारबमोजिम दायित्व पूरा गराई पाऊँ भन्ने (ने का प २०७७ अंक ८ नि नं १०५४८) मुद्दामा भाइ कृष्णदेव पात्रवंशको संयुक्त नाममा रहेको ६ आना जग्गामा बनेको घर जग्गा आफ्नो भागमा आउने हिस्सा छुट्टयाएर तीन आना जग्गा र त्यसमा बनेको घर रू. ३१ लाख ५० हजारमा बेच्न मन्जुर गरेर तारा श्रेष्ठले तुलारत्न बज्राचार्यसँग रू. ३ लाख बैना लिएर कागज गरेका थिए। बैनामा भाइसँग अंश छुट्टिएपछि १० महीनाभित्र बाँकी रकम बुझेर रजिष्ट्रेशन पास गरिदिनेछु भनेर ताराले लिखत गरिदिएका थिए। यसमा बैनाबट्टाको लिखत करारीय लिखत हो, होइन ? अचल सम्पत्तिको हक हस्तान्तरण करारको माध्यमबाट हुन सक्छ सक्दैन ? भन्नेसमेतका प्रश्न रहेको थियो । सर्वोच्च अदालतले यसमा कानूनले तोकेको रीत नपुगेको वा कानूनबमोजिम सरकारी कार्यालयमा हुनुपर्ने रजिस्ट्रेसन नभएको अपरिपक्व (Premature) लिखतको आधारमा मात्र अचल सम्पत्तिमा एउटाको हक समाप्ति र अर्काको हक प्राप्ति हुन सक्ने कानूनी व्यवस्थाको अभावमा भएको करारीय लिखतको आधारमा अचल सम्पत्तिको हक

---

[66] ने.का.प. २०६६, नि.नं. ८१०३, अंक ३

[67] ने.का.प. २०६७, नि.नं. ८३९६, अंक ६

[68] ने.का.प. २०६९, नि.नं. ८८०९ अंक ४

हस्तान्तरण हुने गरी लिखत पारित गर्न गराउन अदालतले आदेश दिनु मनासिब र न्यायोचितसमेत नदेखिने भन्ने फैसला गरेको छ ।

यसरी करार कानूनको विकास क्रममा हालसम्म नेपालमा करारसम्बन्धी विद्यमान कानूनहरूलाई अदालतले व्याख्या र विश्लेषण गरी त्यस्ता कानूनहरूलाई थप परिमार्जित र समयानुकूल सशक्त बनाउँदै आइरहेकोमा हाल भने नेपालमा लागू भइरहेको करारसम्बन्धी छुट्टै र विशेष रुपमा रहेको कानूनलाई मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ मा समाहित गरिएबाट यसले भविष्यमा पार्ने प्रभावको अहिले नै आँकलन गर्ने अवस्था छैन ।

करार कानूनको विकासका लागि नेपालमा अदालतवाट समय समयमा भएका फैसलाहरूले करार कानूनलाई सर्वसाधारण जनताले बुझ्ने तरिका, करार र करारसम्बन्धी कानूनको प्रचलन, करारको वैधानिकता, करारीय पक्षहरूको अधिकार तथा दायित्व, करारको परिपालनालगायतका विषयमा विभिन्न तवरबाट व्याख्या हुनाले समग्र रुपमा करार कानूनको समष्टिगत विकासमा अदालतले अतुलनीय टेवा पुऱ्याउँदै आएको भन्न र मान्नमा हिच्किच्याउनु पर्ने छैन ।

८. निश्कर्ष

करारलाई व्यक्ति व्यक्तिबीचको व्यवहारबाट सिर्जित दस्ताबेजको रुपमा मान्न सकिन्छ । करारले व्यक्तिहरुबीचको आचरण र व्यवहारलाई कानूनी दायित्व प्रदान गरेर परिपालना गराउने उद्देश्य बोकेको हुन्छ । यसरी तयार गरिने दस्तावेजहरुलाई कानूनी रुपमा नियमन गर्नका लागि करार कानूनको आवश्यकता रहन्छ । विश्वमै करार र करार कानूनको इतिहास लामो रहेको नपाइए तापनि छोटो समय र यस आधुनिक युगमा करार बिषयको कानूनले विशिष्ट र महत्त्वपूर्ण स्थान ओगटेको छ । समयअनुसार करारका परिभाषाहरु र करारको प्रकृति बदलिँदै आइरहेको देखिन्छ । तथापि करारको मूलभूत सैद्धान्तिक विषयलाई समयानुकूल परिमार्जित भएका कानूनले पनि आत्मसात गरेको नै पाइन्छ । करार कानूनले सार्वजनिक अधिकार (Right in Rem) को नभई व्यक्तिगत अधिकार (Right in Personam) को मात्र सिर्जना गर्ने भएकाले करारको असर सम्झौता गर्ने पक्षहरूको बीचमा मात्र सीमित रहन्छ भन्ने सैद्धान्तिक मान्यतामा केही परिवर्तन भई तेस्रो पक्षमा पनि दायित्व सिर्जना हुनेसम्मको कानूनी व्यवस्था हामीहरुकै वर्तमान कानूनमा रहे भएको छ। यसबाट हालको सामाजिक परिवेशमा करार र करार कानूनको भूमिका निकै नै महत्त्वपूर्ण रहेको देखिन्छ भने कानूनका अन्य क्षेत्रहरुसँग यसको सम्बन्धसमेत निकै प्रगाढ रहेको पाइन्छ । यस अर्थमा करार कानूनले वर्तमान अवस्थामा समाजमा भएका सबै व्यावहारिक कारोवारहरुलाई समेटेको देखिन्छ ।

समाजमा हुने वाणिज्यसम्बन्धी व्यवहारहरुलाई परिचालित गर्नका लागि मात्र नभएर समाजका हरगतिविधिमा करार कानूनको आवश्यकता र महत्त्व रहेको छ । जसरी नेपालभन्दा बाहिर करारको प्रयोग व्यापक रहेको छ त्यसरी नै नेपालमा हालको अवस्थासम्म पनि करारलाई प्राथमिकतामा राखेको पाइदैन । कतिपय अवस्थामा त आम नागरिकलाई बैध करार के हो भन्नेसम्मको जानकारी छैन । यसले गर्दा हाम्रो समाजमा दायित्व बोध नगर्ने र आफूले गर्नुपर्ने दायित्व नगर्ने, व्यापारिक कामहरु समयमा नहुने, रकम हिनामिना हुने, ठगी हुने जस्ता कृयाकलापहरु धेरैजसो घटने गरेको पाइन्छ । सबै व्यवहारहरु गर्दा करार गर्ने सम्भावना त हुँदैन तर यदि हामीले

गर्ने कानूनी र पेशागत व्यवहारहरु मात्रै पनि करार सम्झौताका माध्यमवाट गर्न सकेमा यसले समाजमा हुने सानोदेखि ठूलोसम्मको विवादहरुलाई न्यूनीकरण गर्न पक्कै पनि मद्दत गर्नेछ। तसर्थ, यदि हामीले करारलाई हाम्रो व्यवहारमा बिशेष महत्त्व दिने हो भने यसले हामीलाई सधै सकारात्मक प्रभाव पार्ने र व्यक्तिगत दायित्व बोध गराई वर्तमान समयमा समाजमा देखिएको नैतिक ह्रासलाई न्यूनीकरण गर्नमा अवश्य नै मद्दत पुऱ्याउँनेछ।

९. सुझाव

नेपालमा करार कानूनको विकासको इतिहास निकै लामो नभए तापनि यसको विकासमा न्यायालय, सम्वद्ध बुद्धिजिवी र कानूनका निर्माताहरुबाट भएको योगदानका कारण यसले बिकसित र सकारात्मक रुप लिएको पाइन्छ । छोटो समयमा नै करारको अवधारणामा निकै राम्रो विकास भएको हाम्रो जस्तो विकसोन्मुख राष्ट्रमा बिगतदेखि हालसम्म आइपुग्दा करार कानूनले निकै नै फड्को मार्न सफल भएको पाइन्छ। अन्य कानूनहरुको तुलनामा निकै नै परिस्कृत र परिमार्जित रुपमा आइरहेको करार कानूनले नेपालमा सामाजिक सुरक्षा र न्याय प्रासिका लागि महत्त्वपूर्ण भूमिका निर्वाह गरेको छ । यसरी छोटो समयमा करार कानूनले गरेको विकास निकै सकारात्मक रहेको भए तापनि हालको अवस्थामा भने मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को व्यवस्थाले यसलाई विशेष कानूनबाट संकुचित बनाएको हो कि भन्ने आभाष हुने गरेको छ । विश्वका अधिकांश मुलुकहरुले करार र करारका बिभिन्न प्रकारहरुलाई मध्यनजर गर्दै छुट्टै विशेष ऐनहरु निर्माण गरिरहेको अवस्थामा नेपालमा भने करार कानूनलाई विशेष कानूनबाट संकुचित गर्दै पुनःसाधारण कानून बनाई मुलुकी देवानी संहिताको एउटा भागको दायरामा समेट्नुले यसको विकासक्रममा अंकुश लगाएको हो कि भन्ने यस क्षेत्रका सम्वद्ध बौद्धिक व्यक्तिहरुले चिन्ता व्यक्त गरेको पाइन्छ। जसलाई अन्यथा भनिहाल्न सकिने अवस्था अहिले नै छैन । तसर्थ, यस परिवेशमा यस लेखमार्फत निम्न बमोजिमको सुझावहरु प्रस्तुत गरिएको छः

क) करार र करार कानूनको महत्त्वको विषयमा समाजमा समेत समय समयमा छलफलहरु गरिनुपर्छ।

ख) करार कानूनले समाजमा पारेको सकारात्मक योगदान बारे खुलेर चर्चा गरिनु जरुरी छ ।

ग) कुनै पनि वाणिज्यसम्बन्धी कार्यहरु गर्दा करार गर्नुपर्छ भन्ने सचेतना अझैसम्म समाजका सर्वसाधारणलाई अनुभूत नभएका कारणले यसको कानूनी महत्त्वका विषयमा बारम्बार छलफल एवम् प्रचारप्रसार गरी सर्वसाधारणसम्म पुऱ्याउनु जरुरी छ।

घ) करारको परिपालना र यसले सिर्जना गर्ने कानूनी दायित्वको विषयमा समेत आम नागरिकलाई बुझाउनु जरुरी छ ।

ङ) हालको अवस्थामा करार कानूनलाई साधारण कानून सरह मुलुकी देवानी संहितामा व्यवस्था गरिएकोमा यसलाई छुट्टै विशेष कानूनको रुपमा विकास गरिनुपर्ने हो कि भन्ने सम्वन्धमा सम्बन्धित विज्ञहरुसँग अन्तरक्रिया हुन जरुरी छ ।

च) विश्व व्यापार संघ (WTO) को सदस्य भएको हैसियतले नेपालले अन्तर्राष्ट्रिय जगतमा गरिने करारहरुको तुलनात्मक अध्ययन गरी नेपालको करार कानूनलाई समेत सोही अनुरुप समयसापेक्ष बनाउन जोड दिनुपर्ने देखिन्छ ।

छ) करार कानूनको विकासका लागि वाणिज्य क्षेत्रमा विशेष योगदान पुऱ्याउने कानून व्यवसायीहरुसँग छलफल हुनुपर्ने र सो को सुझाबअनुसार बर्तमान कानूनमा संशोधन र परिमार्जन हुनुपर्ने देखिन्छ ।

ज) अन्तर्राष्ट्रिय विश्व व्यापारको स्तरमा नेपालको करार कानून खरो रुपमा उतार्नुपर्ने टड्कारो आवश्यकता देखिन्छ ।

सन्दर्भ सामग्री

- मुलुकी ऐन, २०१०
- विकास समिति ऐन, २०१३
- मुलुकी ऐन, २०२०
- करार ऐन, २०२३
- करार ऐन, २०५६
- सरकारी ठेक्का बन्दोबस्त ऐन, २०२०
- मुलुकी देवानी संहिता, २०७४
- न्यायदूत, नेपाल वार एसोसिएसन
- सर्वोच्च बार जर्नल, सर्वोच्च अदालत बार एसोसिएसन
- विषयगत नजिर संग्रह, सर्वोच्च अदालत
- करार कानून, भरतराज उप्रेती, कानून अनुसन्धान तथा विकास फोरम (फ्रिडिल)
- नेपाल कानून पत्रिका
- Contract law, a comparative Study, Yadav Kumar KC, 1st Ed 2016, Pairavi Prakashan.
- Law of contract and Specific Relief, Avtar Singh, 9th Ed 2005, Eastern Book Company.
- The History and Theory of English Contract Law, Thomas Atkins Street,Beard Books DC, Reprinted 1999
- Landmark cases in the Law of Contract Law, Charles Mitchell / Paul Mitchell, Bloomsbury Academic,2016

लेख -

- ✓ मुलुकी ऐनको नालीबेली, भैरव रिसाल, हिमालखबर, २०७८ जेष्ठ २७
- ✓ करार ऐन, २०५६ को व्यावहारिक समस्याहरु, महेश कुमार, Sinha Verma Law Concern
  करारका आवश्यक तत्त्वहरु, अधिवक्ता, चिरन्जीवी नेपाल, आर्थिक अभियान, २०७७ असोज ५
- ✓ https://theconversation.com/au/topics/contract-law-21618
- ✓ Commercial and Contract Law Implications of the COVID-19 Pandemic https://content.next.westlaw.com/Document/I6704e6536a2511eaadfea82903531a62/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData= (sc.Default) &firstPage=true

करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणा, हाम्रो प्रयोग र भविष्यको रुपरेखा

डा. आनन्द मोहन भट्टराई♥

१. बिषय प्रवेश

नेपालमा स्वतन्त्र कानूनी व्यवस्थाको रुपमा करार ऐन, २०२३ जारी गरिए पनि "करारीय स्वतन्त्रता" को औपचारिक प्रवेश भने २०५६ मा करार ऐन २०५६ को दफा ४ मार्फत भएको देखिन्छ। सो दफामा "यस ऐनको अधीनमा रही करारको स्वरुप तथा विषयवस्तु छनौट गर्न, प्रतिफल, प्रतिफलको मात्रा, करारका शर्त तथा करार उल्लंघन भएबापत उपचारको प्रकृति निर्धारण गर्न र करारबमोजिमको विवाद समाधान गर्ने उपाय निश्चित गर्न करारका पक्षहरु स्वायत्त हुनेछन्" भनिएको छ। करिव करिव यस्तै व्यवस्था मुलुकी देवानी संहिता २०७४ को दफा ५०७ मा पनि गरिएको छ। यति हुँदाहुँदै पनि करारीय स्वतन्त्रताको विषयमा लामो समयसम्म नेपालमा दृढ न्यायिक धारणाको विकास हुन सकेको थिएन। अव भने सर्वोच्च अदालतका फैसलाहरुमार्फत यो विषयले कानूनका आम पाठक र गम्भीर अध्येताहरुको ध्यान खिचेको छ। प्रस्तुत आलेखमा मुलतः करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणात्मक पक्ष र अदालती अभ्यासवारे चर्चा गर्नेछु। पछिल्लो समयमा *पवन राजभण्डारी*को मुद्दामा[69] सर्वोच्च अदालतमा म सहितको इजलासवाट भएको फैसलाले सैद्धान्तिक पक्षको साथै भविष्यका चुनौतीहरुलाई समेत दृष्टिगत गर्दै एउटा मार्गचित्र प्रस्तुत गरेकोले सोही फैसलालाई समेत अनुसूचीमा समावेश गरेको छु। भविष्यको मार्गरेखा वारे मेरा दृष्टिकोणहरुको विषयमा पाठकहरुले सोही फैसलामार्फत जानकारी पाउनु हुनेछ भन्ने मलाई लागेको छ।

२. अवधारणा

हाम्रो करार कानूनमा करार गर्ने विषयमा करारका पक्षहरु "स्वतन्त्र हुने" भन्ने शब्द प्रयोग नभई "स्वायत्त हुने" भन्ने शब्द प्रयोग भएको छ तर अवधारणात्मक रुपमा करारीय स्वतन्त्रताभित्र "करारीय सम्बन्धमा प्रवेश गर्ने वा नगर्ने" भन्ने स्वतन्त्रताको कुरासमेत पर्छ। करारमा प्रवेश गर्न र गरेपछि करारका शर्तहरु निर्धारण गर्ने स्वायत्तताले पनि पक्षहरुको स्वतन्त्रतालाई नै इङ्गित गर्ने हुँदा "स्वतन्त्रता" भित्र "स्वायत्तता" शब्द पनि पर्ने देखिन्छ।

वस्तुतः करारीय स्वतन्त्रता र करारको बाध्यकारी शक्तिलाई करारको एउटा आधारभूत सिद्धान्त मानिन्छ। अङ्ग्रेजी कानूनले करार "कानूनले बाध्यकारी महत्व दिएको, कार्यान्वयन गर्ने तत्परता देखाएको र पक्षहरुद्वारा स्वतन्त्रतापूर्वक गरिएको छनौटहरुको अभिव्यक्ति हो" भनी करारीय स्वतन्त्रतावारे एउटा स्पष्ट दृष्टिकोणसहितको प्रस्थान विन्दु प्रस्तुत गरेको छ[70]। साथै कमन ल र विधायिका निर्मित कानूनहरुमा

♥ माननीय न्यायाधीश, सर्वोच्च अदालत।

[69] पवन राजभण्डारी वि. राम श्रेष्ठ (०६७-CI-१४२२), फैसला मिति २०७७।१०।१८

[70] CHITTY ON CONTRACT, General Principles 30th Ed. (H.G. Beale et. Al. eds.) Sweet and Maxwell 2008 at p. 10.

त्यस्ता केही सर्तहरु उल्लिखित गरिएका छन् जसले कालक्रममा "करारीय स्वतन्त्रता"लाई सीमावद्ध गरेका छन्। सैद्धान्तिक रुपमा करारीय स्वतन्त्रता भित्र क) करार गर्ने वा नगर्ने स्वतन्त्रता ख) को कससँग करार गर्ने भन्ने स्वतन्त्रता र ग) करारका सर्तहरु तय गर्ने स्वतन्त्रतासमेत समाविष्ट भएको मानिन्छ।

परंपरागतरुपमा करारसम्बन्धी सिद्धान्तमा तीनवटा अन्तरसम्बन्धित तत्वहरु समाविष्ट हुन्छन् भनिन्छ; सोमध्ये पहिलोले करार पक्षहरुले आपसी हितको लागि गर्ने अधिकार र दायित्वको मोलतोल (Bargain) हो भन्छ[71]। दोस्रोले, करार स्वतन्त्र ईच्छाहरुको अभिव्यक्ति हो, अर्थात करार हुन पक्षहरुले स्वेच्छापूर्वक एकापसमा बाँधिने निर्णय गरेको हुनुपर्छ। तेस्रो, करारमा "करारीय स्वतन्त्रता" अभिव्यक्त भएको हुनुपर्छ। अर्को रुपवाट भन्दा करारीय स्वतन्त्रताभित्र पक्षको स्वतन्त्रता (Party's Freedom) र विषयवस्तुको स्वतन्त्रता (Content Freedom) दुवै पर्छ[72]।

करारीय स्वतन्त्रताको इतिहासतर्फ दृष्टि दिंदा यसको सुरुवाती चरण १७औं र १८औं सताब्दीसम्म पुग्छ र सामाजिक करारका सिद्धान्तसमेतलाई यसले छुन्छ। तर यसको उन्नति र विकास भने उन्नाइसौं सताब्दीमा भएको मानिन्छ। सो कालमा वजार अर्थतन्त्रले सिर्जना गरेको स्वतन्त्र बजारमा व्यक्तिले गर्ने सम्पत्तिको खरिद, व्यवस्थापन, उपयोगमा करार एउटा विशेष उद्देश्य हाँसिल गर्ने साधन (Special Purpose Vehicle) वन्न पुगेको पाइन्छ।

उन्नाइसौं सताब्दीमा करारीय स्वतन्त्रतामा कुनै अङ्कुश लगाइने कुरा करिव करिव अस्वीकार्य जस्तै थियो। कतिसम्म भने सो समयमा करारीय स्वतन्त्रतालाई आफैमा एउटा अभिष्ट (End in Itself) जस्तो पनि मानिन्थ्यो। पक्षहरुका मोलतोल गर्ने शक्ति (Bargaining Power) असमान छ वा करारको परिणाम अनुचित (Unfair) वा सामाजिक रुपमा अवान्छित (Socially Undesirable) छ भन्ने आधारमा करारमा हस्तक्षेप गर्न हुँदैन भनी उन्नाइसौं सताब्दीमा भनिन्थ्यो[73]।

तर कालक्रमले "करारीय स्वतन्त्रता"को सिद्धान्तमा वर्तमानमा ठूलो परिवर्तन आएको छ। पक्ष र विषयवस्तु र सर्त तय गर्ने तीनवटै कुरामा करारीय स्वतन्त्रता अव सीमावद्ध भएको छ। वर्तमान अवस्थामा करारीय स्वतन्त्रताभित्रका तीन तत्वहरु क) करार गर्ने वा नगर्ने स्वतन्त्रता, ख) को कससँग करार गर्ने भन्ने स्वतन्त्रता, र ग) करारका सर्तहरु तय गर्ने स्वतन्त्रता सीमारहित छैनन् भनी स्वीकार गरिएको छ। उदाहरणको लागि कसैलाई पनि करार गर्ने वा नगर्ने स्वतन्त्रता हुन्छ भनिए तापनि सार्वजनिक उपयोगको सम्भावना भएको व्यवसाय गर्ने संस्थाहरु जस्तो, होटल रेष्टुरा, त्यसैगरी सार्वजनिक यातायातका साधन सञ्चालन गर्ने व्यक्ति वा संस्था, त्यसैगरी पानी, विजुली, दुध वा औषधी जस्ता अत्यावश्यक वस्तु वा सेवा

[71] यद्यपि त्यस्तो मोलतोल एकै ठाँउमा वसेर द्वीपक्षीय रुपमा गरेको नभइ एक पक्षीय घोषणालाई स्वीकार गरेको पनि हुन सक्छ।

[72] RICHART STONE AND JAMES DEVENNEY, THE MODERN LAW OF CONTRACT, 11th ed. Routledge 2015 at p 7.

[73] CHITTY ON CONTRACT, supra note 2 at p. 10.

प्रदायक संस्थाहरुले करारीय स्वतन्त्रताको नाममा सेवा नै प्रदान गर्दिन भन्न पाउदैनन्[74]। त्यस्तै कानूनले स्पष्ट रुपमा निषेध गरेको विषयहरु (निषेधित पेशा, व्यापार वा व्यवसाय)[75] मा पनि करार गर्ने स्वतन्त्रता हुँदैन। हाम्रै करार कानूनले पनि कानून, सार्वजनिक व्यवस्था वा सार्वजनिक नैतिकता प्रतिकूल गरिएको करारको दायित्व पूरा गर्नु नपर्ने भनेको बाट करारीय स्वतन्त्रता कुनै न कुनै रुपमा नियन्त्रित गरिएको देखिन्छ[76]। त्यसैगरी को कससँग करार गर्ने भन्ने स्वतन्त्रताको हकमा पनि मुलुकको संविधानमा प्रत्याभूत समानता तथा विभेदहिनताको हकलाई कुण्ठित हुने गरी यसको प्रयोग गर्न मिल्दैन। उदाहरणको लागि नेपालको संविधानको धारा २४(२) ले "कुनै वस्तु, सेवा वा सुविधा उत्पादन वा वितरण गर्दा त्यस्तो वस्तु, सेवा वा सुविधा कुनै खास जात वा जातिको व्यक्तिलाई खरिद वा प्राप्त गर्नबाट रोक लगाइने वा त्यस्तो वस्तु, सेवा वा सुविधा कुनै खास जात वा जातिको व्यक्तिलाई मात्र बिक्री वितरण वा प्रदान गरिने छैन" भनी वस्तु, सेवा वा सुविधाको उत्पादन र वितरणमा विभेदकारी व्यवहार गर्न स्पष्ट रुपमा रोक लगाएको छ। यसको अतिरिक्त वस्तु वा सेवाको नियमनसम्बन्धी कानूनले पनि कोसँग करार गर्ने वा नगर्ने भन्ने व्यक्तिको स्वतन्त्रतालाई सीमावद्ध गर्न सक्छ[77]। कृत्रिम प्रकारका सेन्टिगेट वा सिन्डिकेट बनाएर सेवा प्रवाहलाई प्रभावित पार्ने कार्यलाई कानूनले नै रोकेको देखिन्छ[78]। त्यसैगरी जहाँसम्म करारका सर्तहरु तय गर्ने स्वतन्त्रताको कुरा छ यो पनि व्यवहारमा त्यति प्रयोग भइरहेको छैन। आधुनिक व्यापारिक व्यवहार सो भन्दा पर छ। उदाहरणको लागि निश्चित ढाँचामा गरिने करार (Standard Form of Contract) ले पक्षलाई तयार गरिएका करारका सर्तमा टाँसिन बाध्य पार्ने करार (Adhesion Contract) गराउने गर्दछन।[79] त्यसैगरी करारको विषयवस्तुसँग सम्बन्धित नियमनकारी कानूनहरुले पनि करारको सर्त तोक्ने कुरालाई सीमाबद्ध गर्ने गरेका छन्।[80] यस्ता नियमनकारी कानूनले सर्त तोकेको अवस्थामा ती सर्तहरु पूरा गरेर मात्र करारको कार्यान्वयन गर्न सकिन्छ।[81]

---

[74] CHITTY ON CONTRACT supra note 2at p 13. See also, Norweb plc v Dixon[1995]1WLR 637; Read v Croydon Corp [1938] 4 ALL ER 631.

[75] मुलुकी देवानी संहिता २०७४, दफा५१७

[76] हेर्नुहोस् मुलुकी देवानी संहिता २०७४, दफा ५०१

[77] उदाहरणको लागि हेर्नुहोस् उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ को दफा ३ (वस्तु वा सेवामा पहुँचको अधिकार), खाध्य अधिकार तथा खाद्य सम्प्रभुतासम्बन्धी ऐन, २०७५ दफा ३ (खाद्यमा पहुँच)।

[78] उदाहरणको लागि प्रतिस्पर्धा प्रवर्धन तथा बजार संरक्षण ऐन, २०६३ दफा ३ (प्रतिस्पर्धाविरुद्धको सम्झौता, दफा ४ (प्रभावशाली हैसियतको दुरुपयोग (abuse of dominant position) दफा ७ (एकलौटी कारोवार- exclusive dealing), दफा ८ (बजार सीमित गर्ने (market restriction); दफा ९ (बन्धनयुक्त विक्री (tide selling) वर्जित छन्।

[79] CHITTY ON CONTRACT supra note 2 at p 13.

[80] उदाहरणको लागि भू तथा जलाधार संरक्षण ऐन २०३९ दफा ६ ले जलाधार संरक्षण क्षेत्र तोकिएको जमीनमा तोकिएको भू उपयोगिता प्रणाली अपनाई कार्यहरु गर्नुपर्ने, भूमि सम्बन्धी ऐन २०२१ को दफा २५ (७) (८) ले मोहियानी लागेको जग्गा खरिद विक्री वा नामसारी हुँदा मोहियानी हकमा असर नपर्ने; त्यसैगरी वातावरण संरक्षण ऐन २०७६ को दफा १३ ले वातावरण अध्ययन प्रतिवेदनमा उल्लेख भएका कुराहरुको अनुसरणलाई अनिवार्य गर्न सक्ने। त्यसैगरी फोहर व्यवस्थापन ऐन २०६८ को दफा ४ देखि ७ सम्मका व्यवस्थाहरुको सन्दर्भमा फोहर व्यवस्थापन, उत्पादन, पृथरण, निस्कासनमा गरेका व्यवस्थाहरुको पालनाको सर्तमा मात्र करारको कार्यान्वयन हुन सक्छ।

[81] उदाहरणको लागि युरोपेली मुलुकहरुको हकमा EC Unfair Trade Practices 2005.

३. करारीय स्वतन्त्रता र हाम्रो व्यवहार

करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणा सर्वप्रथम २०५६ सालको करारसम्बन्धी ऐनबाट नेपालमा प्रवेश गरेको भए पनि लामो समयसम्म यस वारेमा दृढ अदालती धारणाको विकास हुन सकेको थिएन। तर हाल भने सर्वोच्च अदालतवाट भएका तीनवटा फैसलाहरुले यसको अवधारणात्मक पक्ष र व्यवहारमा प्रशस्त प्रकाश पारेका छन्।

करारीय स्वतन्त्रताको विषयमा *ऐभरेष्ट वैङ्क लि.*[82] एउटा प्रमुख मुद्दा हो। यो विवादमा चार्टड एकाउन्टेन्टस् परिषद्ले चार्टड एकाउन्ट्सहरुको न्यूनतम शुल्क तोकेको विषयलाई अदालतमा उठाइएको थियो[83]। सो मुद्दामा चार्टड एकाउन्टेन्ट्स परिषदले चार्टड एकाउन्टेन्टहरुको न्यूनतम शुल्क तोक्न र सोभन्दा कम रकम लिने गरी कुनै पनि चार्टड एकाउन्टेन्टले सम्झौता गर्न सक्छ वा सक्दैन भन्ने प्रश्न उठेको थियो। सो मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले करार ऐन, २०५६ को दफा ४ मा वर्णित करारीय स्वतन्त्रताको विषयमा विस्तृत व्याख्या गर्दै परिषद्ले न्यूनतम शुल्क तोक्न नसक्ने निष्कर्षमा पुगेको पाइन्छ। "लेखा परीक्षणको सेवा करारीय सम्झौतामार्फत प्रदान गरिने सेवा हुँदा सेवा लिने वा दिने विषयमा करारका सर्तहरु तोक्न पक्षहरु स्वतन्त्र रहने हुन्छन्। आ-आफ्ना संस्थासँग सम्बन्धित ऐनहरुले सेवा दिने विषयमा सामान्य मार्गदर्शन गरे पनि करारीय सम्झौता र त्यसका वारेमा पक्षहरुमा रहने स्वायत्ततालाई अंकुश लगाएको मात्र मिल्ने हुँदैन" भनी अदालतले भनेको छ। करारीय स्वतन्त्रता वारे अरु प्रकाश पार्दै अदालतले भनेको छ "...उपभोक्ताहरु ठगिने वा उनीहरुले स्वतन्त्रतापूर्वक पूर्ण सु-सूचित र प्रतिस्पर्धात्मक रुपमा वस्तु वा सेवा खरिद गर्न सक्ने अधिकारको विपरीत हुने परिस्थिति सिर्जना गर्न कसैले पनि मिल्दैन।..." भन्ने ब्याख्या गरेको छ। यस वारेमा अरु स्पष्ट गर्दै अदालतले भनेको छः "उपभोक्ताको हितलाई ध्यानमा राखी विशेष परिस्थितिमा न्यूनतम शुल्कभन्दा पनि कममा सेवा लिन / दिन सक्ने गरी सो सम्बन्धमा मार्गदर्शक व्यवस्थासम्म विपक्षी परिषद्बाट हुन सक्ने देखिँदा एकांकी रूपमा सेवा शुल्क तोकेको विषय कानूनसम्मत् रहेको भन्न सकिदैन"।

करारीय स्वतन्त्रता र यसका सीमावारे व्याख्या भएको अर्को मुद्दा *तुलारत्न वज्राचार्यको* हो[84]। यद्यपि यो मुद्दा करारीय स्वतन्त्रतासँग सोझै सम्बन्धित नभई घरजग्गा विक्री गर्ने सम्बन्धमा भएको करार रजिष्ट्रेसन गर्ने गरी अदालतले निर्णय गर्न र त्यस्तो निर्णय कार्यान्वयन हुन सक्छ वा सक्दैन भन्ने मुल प्रश्नसँग सम्बन्धित थियो, तर करारको विषयवस्तु छनौट र सर्तको कुरा पनि सो मुद्दामा समावेश भएको हुँदा प्रकारान्तरले वहुमत र अल्पमत दुवैले करारीय स्वतन्त्रता वारे चर्चा गरेको सो निर्णयको अध्ययनबाट देखिन्छ।

---

[82] ऐभरेष्ट वैङ्क लि.वि. चार्टर्ड एकाउन्ट्स संस्थासमेत, ने.का.प. २०७३ नि.न. ९७३६ पृ २३५८।

[83] चार्टड एकाउन्टेन्स परिषदको २०७१।११।४ को १९४औँ बैठकले संस्थाको पेशागत प्रमाणपत्र प्राप्त सदस्यहरुले सुचिकृत सार्वजनिक वित्तीय संस्थाहरुको लेखापरीक्षण गर्दा कुल कर्जा लगानी वा निक्षेप जुन बढी हुन्छ त्यसको आधारमा १०० अर्वभन्दा बढी लगानी वा निक्षेप भएको वित्तीय संस्थाबाट रु. २५,००,००० र एक अर्वभन्दा बढी लगानी वा निक्षेप भएको संस्था भए न्युनतम रु.१,००,००० लेखापरीक्षण शुल्क लिनुपर्ने गरी तोकेको थियो।

[84] तुलारत्न वज्राचार्य वि. ताराश्रेष्ठ पात्रवंश, ने.का.प. २०७७ नि.नं. १०५४८, पृ १४९३।

सो मुद्दामा करारीय स्वतन्त्रतावारे बहुमत र अल्पमतका अलग अलग धारणा र अभिमतहरु फैसलामा व्यक्त भएको पाइन्छ।[85] बहुमत करारीय स्वतन्त्रतालाई करारको सामान्य नियमको रुपमा लिन्छ भने अल्पमत यसलाई त्यसरी हेरिन नहुने तर्क गर्छ। बहुमत भन्छः "सैद्धान्तिक रुपमा करारको कार्यविधि, स्वरुप र विषयवस्तु छनौट गर्न करारका पक्षहरुलाई स्वायत्तता प्राप्त हुने भए पनि यस्तो स्वायत्तता करारको निरपेक्ष नियम नभई सामान्य नियम मात्र हो"। यहाँ "सामान्य नियम" भन्दा वहुमतको ध्यान करार सम्पन्न गर्ने तरिकातर्फ गएको देखिन्छ जसअनुसार जुन करारको कार्यान्वयन गर्न अन्य कुनै कानूनी प्रकृया पूरा गर्नु पर्दैन त्यसलाई सामान्य र जुनमा "पक्षहरुबीच भएको सम्झौताले अरु औपचारिक एवं कानूनी प्रक्रिया पूरा गरेपछि मात्र करारको रुपमा मान्यता पाउन सक्छ" त्यसलाई वहुमतले औपचारिक भन्न खोजेको देखिन्छ। यसो भन्दा वहुमतको ध्यान करार ऐनको दफा ४ मा कम र दफा ८८ मा बढी गएको देखिन्छ[86]। सम्भवतः दफा ४ मा "यस ऐनको अधीनमा रही" भन्ने र दफा ८८ मा "मान्य हुने छैन" भन्ने शव्दावली प्रयोग भएबाट वहुमत करारीय स्वतन्त्रता करारको सामान्य नियम हो भन्ने निष्कर्षमा पुगेको हुनुपर्छ। तर करारको यस्तो वर्गीकरण नेपाल वा अन्यत्र कहिँ पनि भएको छैन र सैद्धान्तिक रुपमा त्यसरी वर्गीकरण गर्न जरुरी पनि छैन। दफा ८८ ले करार कार्यान्वयनको एउटा प्रकृया मात्र तोकेको हो, सो प्रकृया पूरा नगरेको करार कार्यान्वयन गर्न नसकिने मात्र हो, करार नै वैध नहुने होइन। न त सो कुराले दफा ४ को शक्ति वा महत्व कम हुने हो। यदि करार नै "मान्य" नहुने भए त्यसलाई करार नै मानी करारको साँवा र व्याज भराउन पनि मिल्ने हुँदैन होला। करार कार्यान्वयन हुनका लागि करार वैध हुनैपर्ने हुन्छ तर कार्यान्वयन गराउन नसकिने करार पनि वैध करार हुन सक्छ। करारको रुपमा मान्य हुनका लागि आवश्यक तत्वहरु विद्यमान भएको तर कार्यान्वयन गराउन सकिने अवस्था नरहेको करारलाई करार नै अवैध भएको भन्न मिल्ने हुँदैन। वहुमत वैनापट्टाको विवादित लिखत करार नै होइन भन्ने निष्कर्षमा नपुगेको कुरा उसले साँवा र व्याज भराउने निर्णय गरेकोवाट पनि देखिन्छ।[87] यसबाट "करारीय स्वतन्त्रता" करार ऐनको सारभूत व्यवस्था एवं मुटु हो भन्ने कुरालाई वहुमतले जे जति महत्व दिनुपर्ने थियो सो दिन नसकेको प्रतित हुन्छ। परिणामतः करार ऐन २०५६ को दफा ४ र ८८ को सम्बन्धको व्याख्या गर्ने क्रममा वहुमत अन्यौलपूर्ण उल्झनबाट मुक्त हुन सकेको देखिँदैन।

वृहत पूर्ण इजलासको फैसला पढ्दा "करारीय स्वतन्त्रता" को विषयमा अल्पमत स्पष्ट देखिन्छ। उ भन्छः "करारको विषयवस्तु निर्धारण गर्ने कुरामा करारका पक्षहरु स्वतन्त्र हुन्छन् । करारका शर्तहरु निर्धारण गर्ने अन्तिम निर्णयकर्ता पनि करारका पक्षहरु नै हुन् । ...प्रचलित नेपाल कानूनको प्रतिकूल नभएसम्म

---

[85] बहुमतको रायमा न्या. हरिकृष्ण कार्कीले लेख्नुभएको छ, र वहाँको रायमा स.प्र.न्या. चोलेन्द्र शमसेर राणा, माननीय न्यायाधीशहरु दीपक कुमार कार्की, मीरा खड्का, प्रकाश मान सिंह राउत र तेजवहादुर कार्कीले समर्थन गर्नुभएको छ भने मा.न्या. ईश्वर खतिवडाले फरक मत लेख्नु भएको छ।

[86] हेर्नुहोस् करार ऐन २०५६ को दफा ४ "यस ऐनको अधीनमा रही करारको स्वरुप तथा विषयवस्तु छनौट गर्न, प्रतिफल, प्रतिफलको मात्रा, करारका शर्त तथा करार उल्लंघन भएवापत उपचारको प्रकृति निर्धारण गर्न र करारबमोजिमको विवाद समाधान गर्ने उपाय निश्चित गर्न करारका पक्षहरु स्वायत्त हुनेछन्" । त्यसैगरी दफा ८८ "प्रचलित कानूनले कुनै खास प्रकारको करार गर्न कुनै खास कार्यविधि पूरा गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको वा कुनै सरकारी कार्यालयमा रजिष्ट्रेसन गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको रहेछ भने त्यस्तो रीत पूरा नगरी भएको करारमान्य हुने छैन"।

[87] बहुमतले वैनावापत दिएको रु. ३,००,०००। र सो को कानूनबमोजिम हुने व्याजसमेत गरी साँवा रकमको दोव्वरसम्म वादीलाई भराएको छ।

करारका पक्षहरुले निर्धारण गरेका शर्तहरु उनीहरुका लागि मान्य र स्वीकार्य वन्दछन्। प्रचलित नेपाल कानून प्रतिकूल शर्तहरु राखी भएका करारहरुवाहेक अन्य करारीय शर्तका कुराहरु ठिक वा वेठिक के छन् भनी हेर्ने अदालतको काम होइन भन्ने अल्पमतको ठहर छ। ऊ भन्छः यसको तात्पर्य करारका शर्तहरु थपघट गर्ने पूर्ण अख्तियारी वा स्वतन्त्रता करारका पक्षहरुमा नै सीमित रहन्छ भन्ने पनि हो। यस दृष्टिवाट हेर्दा प्रचलित कानून प्रतिकूल नहुने गरी जुनसुकै विषय र सर्त राखेर करार गर्न करारका पक्षहरु स्वतन्त्र रहन्छन् भन्ने देखिन्छ"। अल्पमतको सो राय सैद्धान्तिक रुपमा सही पनि छ।

करार ऐनको दफा ४ र ८८ को सम्बन्धको वारेमा पनि वहुमतको तुलनामा अल्पमत नै स्पष्ट देखिन्छ। अल्पमत भन्छः "प्रचलित नेपाल कानूनको समग्रमा अध्ययन गरी हेर्दा अचल सम्पत्ति उपरको हक हस्तान्तरण गर्ने गरी करार गर्न कुनै कानूनले निषेध गरेको देखिँदैन...प्रचलित नेपाल कानूनमा अचल सम्पत्ति हस्तान्तरण सम्बन्धमा करार गर्न हुँदैन भनी उल्लेख भएको देखिँदैन। समसामयिक व्यापारिक तथा आर्थिक कारोवारको महत्वपूर्ण माध्यम बनेको करार कानूनको विषयमा अवधारणागत अर्थमा नै संकुचन आउने गरी करारको अर्थ लगाउनु अहिले मनासिव हुँदैन। कानूनले यसलाई नयाँ रुपमा परिभाषित गरेको अवस्था पनि छैन। अचल सम्पत्ति हस्तान्तरण गर्ने गरी वैनापट्टा गर्ने कुरालाई करारीय स्वतन्त्रताभित्र राख्दै र यस्तो करार गर्न सकिने दृष्टान्त नेपाल तथा अन्यत्रसमेत रहेको कुरा उल्लेख गर्दै अल्पमतले "वैनापट्टाको लिखतलाई करारको रुपमा मान्यता प्रदान गरी भएका व्याख्याको श्रृंखला लामो छँदाछँदै सो पक्षलाई अन्देखा गरी स्थापित न्यायिक अभ्यास प्रतिकूल अहिले हठात अर्कै दृष्टिकोण राखेर वैनापट्टाको लिखतलाई करार नै होइन भनी मान्न सकिने कुनै उचित र तर्कपूर्ण कारण देखिन आएन...वैनापट्टाको लिखतलाई करारको रुपमा मान्यता दिनु नै मनासिव देखियो" भन्ने स्पष्ट राय अल्पमतले व्यक्त गरेको पाइन्छ।

करार ऐन २०५६ को दफा ४ र दफा ८८ को सम्बन्धलाई अरु स्पष्ट गर्दै अल्पमतले "दफा ८८ मा रहेको प्रावधान करार गर्ने कुरालाई निषेध गर्ने व्यवस्था नभएर केही विशेष व्यवस्था गर्ने करारलाई नियमन गर्ने कुरामा सम्म सीमित रहेको देखिन्छ...वस्तुतः करारको माध्यमबाट अचल सम्पत्तिको हक हस्तान्तरण हुन सक्छ वा सक्दैन भन्नु र अचल सम्पत्ति सम्बन्धमा करार हुन सक्छ वा सक्दैन भन्नु दुई फरक फरक विषयहरु हुन्। करार गर्न हुन्छ भन्नु र करारको कार्यान्वयनका लागि केही खास कानूनी प्रकृया पूरा गरिनुपर्छ भन्नुका बीच आधारभूत रुपमा नै भिन्नता रहेको..." भन्दै "रजिस्ट्रेसन नगरिएको सम्मको कारणबाट करार नै अमान्य हुने अर्थ लगाउनु तर्कपूर्ण हुँदैन...अचल सम्पत्ति हस्तान्तरण गर्ने सर्त राखी करार गर्न हुन्छ, करार गर्न सकिन्छ भन्ने निष्कर्ष नै न्यायोचित र तर्कपूर्ण देखिन्छ" भन्ने स्पष्ट धारणा राखेको पाइन्छ।

तुलारत्नको मुद्दामा वहुमतले थप दुइवटा कुराहरुतर्फ दृष्टि नपुऱ्याएको देखिन्छ। सोमध्ये पहिलो करार ऐन २०५६ को दफा ८८ को सीमा र मुलुकी देवानी संहिताको दफा ५०५ एवं ५१९ को व्यवस्था हो। करार ऐनको दफा ८८ मा "मान्य हुने छैन" भन्ने शव्दावली परेको छ भने संहिताको दफा ५०५(३) र

५१९ (२) (ख) ले कानूनबमोजिम कुनै खास औपचारिकता, वा कार्यविधि पूरा गरी गर्नुपर्नेमा त्यस्तो औपचारिकता पूरा नभई भएको करार कार्यान्वयनसम्म नहुने व्यवस्था गरेको पाइन्छ[88]। कुनै करार मान्य हुँदैन भन्दा करार वैध नै हुँदैन भन्ने अर्थ लाग्छ तर कार्यान्वयन हुँदैन भन्दा त्यस्तो करारको वैधतामा नभै कार्यान्वयन गर्नको लागि थप कदमको आवश्यकता छ भन्ने सम्म अर्थ रहन पुग्छ। वस्तुतः करार ऐनको दफा ८८ को कार्यविधि पक्षहरुले चाहेमा जहिले पनि पूरा गर्न सक्छन्, न्यायको लागि आवश्यक देखिएमा अदालतले मर्का पर्ने पक्षको निवेदनमा रजिष्ट्रेसन गर्नु भनी आदेश पनि दिन सक्छ। मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता २०७४ को दफा १२ ले अदालतलाई त्यस्तो आदेश दिन सक्ने कानूनी आधार प्रदान गरेकै छ। यस्तो कानूनी व्यवस्था रहनु पूर्व नै पनि *तिर्थराज कुमारी राणा*[89] लगायत करार ऐन २०२३ अन्तर्गतका कैयौं मुद्दाहरुमा त्यस्तो आदेश दिएको पनि छ। तर दफा ८८ अन्तर्गतको रजिष्ट्रेसनको कार्यविधि पूरा नगरेको करार मान्य करार हुँदैन भन्दा पछिबाट त्यस्तो सर्त पूरा गर्ने सम्पूर्ण सम्भावनाहरु बन्द हुन्छन् र यस्तो व्याख्या करार ऐनको दफा ४ र देवानी संहिताको दफा ५०७ को मूल मान्यता र मर्मको विपरीत हुन जान्छ।

करारीय स्वतन्त्रता करारको मात्र विषयवस्तु नभै खुला अर्थतन्त्रको मेरुदण्ड हो। खुला अर्थतन्त्रको विकास नै व्यक्तिहरु आफु खुसी कारोवार गर्न, कारोवारको विषयवस्तु छान्न र कारोवारको सर्तहरु तोक्न र विवाद परेमा कसरी समाधान गर्ने भन्ने तय गर्न निजी रुपमा सक्षम हुन्छन् भन्ने हो। करार कानूनलाई निजी कानून भन्नुको तात्पर्य पनि त्यही हो। "करारीय स्वतन्त्रता" ले खुला अर्थतन्त्रका ती मान्यताहरुलाई समेट्छ र त्यसलाई विर्सदा करार कानूनको आधारभूत अवधारणामा नै चोट पुग्न जान्छ। करारको यथावत परिपालनाको सम्बन्धमा स्पष्ट कानूनी व्यवस्था वा करारीय स्वतन्त्रतासम्बन्धी व्यवस्था नभएको साविकको अवस्थामा समेत करारको यथावत परिपालनाको पक्षमा निर्णय गर्दा सर्वोच्च अदालतले करारीय स्वतन्त्रताको यही आधारभूत अवधारणालाई आत्मसात गरेको महसुस हुन्छ। तर करारीय स्वतन्त्रता वारे यति स्पष्ट र सपाट व्यवस्था हुँदाहुँदै दफा ८८ लाई अचल सम्पत्तिको हकमा दफा ४ को बाधक बनाउनु विधिशास्त्रीय रुपले पनि त्रुटिपूर्ण हुनजान्छ।

वहुमतले दृष्टि नपुऱ्याएको अर्को व्यवस्था करारको कसरी व्याख्या गरिनुपर्छ भन्ने हो। मुलुकी देवानी संहिताको दफा ५१५ ले करारको व्याख्या कसरी गरिनुपर्छ भन्ने वारेमा केही सिद्धान्तहरु प्रस्तुत गरेको छ। जसअनुसार क) पक्षहरुको सामूहिक मनसाय, ख) सामान्य समझको व्यक्तिको दृष्टिबाट करारको व्याख्या, ग) पक्षको आचरणबाट निस्कने निष्कर्ष घ) करारमा प्रयुक्त शव्दावली तथा अभिव्यक्ति, ङ) सम्पूर्ण शव्दावलीहरुलाई प्रभावकारी बनाउने व्याख्या आदि अब करारको व्याख्यामा सहायक सिद्धान्त बन्न सक्छन्। व्याख्याका यी नियमहरुको सन्दर्भ र करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्तलाई केन्द्रमा राखेर हेरेको

[88] यस्तो व्यवस्था मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता २०७४ को दफा ३६ मा पनि छ। अर्थात सो दफावमोजिमको रित नपुऱ्याइएको लिखत कार्यान्वयन नहुने भनिएको छ।

[89] तिर्थ राजकुमारी राणा वि. रामशंकर श्रेष्ठको मु.स. गर्ने विनोद शंकर श्रेष्ठ ने.का.प. २०४९ नि.नं. ४४४७ पृ १।

भए हाल निक्लेको भन्दा अर्को निस्कर्ष निकाल्न वहुमत सक्षम हुन्थ्यो कि? यो अनुमान कै विषय रहन गएको छ। त्यसो त अल्पमतले पनि दफा ५१५ लाई हेरी विवादित विषयको व्याख्या गरेको छैन तथापि उसले करार कानूनको सैद्धान्तिक धारलाई राम्रोसँग पक्रेको फैसलाको अध्ययनबाट देखिन्छ।

संक्षेपमा *तुलारत्न वज्राचार्य*मा सर्वोच्च अदालतको फैसलाले करारीय स्वतन्त्रताको संकुचित व्याख्या त गरेको छ नै मुलुकी देवानी संहिता लागू भैसकेको अवस्थामा अबको परिस्थिति के हुने, यसले रजिष्ट्रेसन नगरी भएको अचल सम्पत्तिको हस्तान्तरणसम्बन्धी करारको कार्यान्वयनमा कुनै अड्चन पारिएमा त्यसलाई अदालतले फुकाउन सक्छ वा सक्दैन भन्ने स्पष्ट गर्न सकेको छैन। अचल सम्पत्ति हस्तान्तरण गर्ने गरी करार भयो र एक पक्षले सो रजिष्ट्रेसन गर्न मानेन भने रजिष्ट्रेसन गरिदिनु भनी आदेश दिन सकिने न्यायिक अवसरलाई पनि कतै यो फैसलाले निस्तेज त पारेको छैन भन्ने पनि संशयको सिर्जना गरेको छ। साथै फैसलाले नयाँ ऐनको भावभूमिलाई राम्रोसँग पक्रेर भविष्यमुखी व्याख्या दिन पनि नसकेको प्रतित हुन्छ।

करारीय स्वतन्त्रताको विषयमा यसको अवधारणात्मक पक्ष, ऐतिहासिक सन्दर्भ, नेपालमा यसको प्रयोग, वर्तमानका चुनौती र भविष्यमा हामीहरुले तय गर्नुपर्ने मार्गको वारेमा व्यापक प्रकाश पार्ने तेस्रो मुद्दा *पवन राजभण्डारी* हो[90]। यो मुद्दा पनि तुलारत्न जस्तै जग्गाको हक हस्तान्तरणसम्वन्धी करारसँग सम्वन्धित छ[91]। सो फैसलामा अदालतले करारीय स्वतन्त्रताको ऐतिहासिक सन्दर्भ र अवधारणात्मक पक्ष, त्यसको सीमावारे, त्यसैगरी हाम्रो व्यावहारिक प्रयोग वारेमा विस्तृत चर्चा गर्दै भविष्यको रेखा कोर्दा हाम्रो दृष्टिकोण के हुनुपर्ने भन्ने वारेमा समेत प्रकाश पारेको छ। भविष्यको रुपरेखा कोर्ने सन्दर्भमा अदालतको धारणा देहायवमोजिम रहेको देखिन्छ।

- "करारीय स्वतन्त्रता करारको मात्र विषयवस्तु नभै खुला अर्थतन्त्रको मेरुदण्ड हो। खुला अर्थतन्त्रको विकास नै व्यक्तिहरु आफू खुसी कारोवार गर्न, कारोवारको विषयवस्तु छान्न र कारोवारको शर्तहरु तोक्न र विवाद परेमा कसरी समाधान गर्ने भन्ने तय गर्न निजी रुपमा सक्षम हुन्छ भन्ने हो। करार कानूनलाई निजी कानून भन्नुको तात्पर्य पनि त्यँही हो।
- करारको व्याख्या गर्दा अदालतले उपभोक्तासम्वन्धी कानून र मानव अधिकारसम्बन्धी विधिशास्त्रले प्रभाव पारेका छन् । हाम्रो करार कानूनको विकास र न्यायिक व्याख्यामा हामीहरुले यी आयामहरुको पनि राम्रो परख गर्नु आवश्यक छ।
- राजनीतिक सिद्धान्त, अर्थशास्त्र, व्यवस्थापन, प्रविधिमा आएको परिवर्तनका साथै मानव अधिकार कानून र यसले उपेक्षित वर्गमा सिर्जना गरेको अधिकारप्रतिको सचेतनासँगै अदालतको पनि भूमिका बदलिएको छ; अदालत पनि करारमा हस्तक्षेप गर्नु हुँदैन भन्नेबाट करारमा असल नियत, स्वच्छता, तर्कसंगतता र न्यायिक स्वविवेकको प्रयोग गर्ने अवस्थामा पुगेको छ ।

---

[90] पवन राजभण्डारी वि. रामश्रेष्ठ ०६७-CI-१४२२, फैसला मिति२०७७।१०।१८।

[91] पाठकहरुलाई स्वतन्त्र रुपमा अध्ययन गर्न सजिलो होस् भनी यो फैसलालाई अनुसुचिमा समावेश गरिएको छ।

- विगत पचास वर्षको परिवर्तनलाई हेर्ने हो भने करारीय व्यवहारमा अनेकौं जटिलताहरु थपिएका छन्। अब करार एउटा किसानले गर्ने गोरु भैसी वा घोडाको विक्री गर्ने जस्तो छोटो, सरल र तुरुन्तै टुङ्गिने प्रकृतिको छैन।
- उपयुक्त करार कानून र व्यवहार के हुन सक्छ? करारीय स्वतन्त्रतालाई कसरी हेर्न सकिन्छ? भन्ने बारेमा हामीहरुले गहिरिएर विचार गर्नु आवश्यक छ। मुलुकले अङ्गीकार गरेको संवैधानिक व्यवस्था, त्यसले स्वीकार गरेको समाजवाद उन्मुख राज्य व्यवस्था, खुला अर्थतन्त्र, निजी सम्पत्तिमाथिको व्यक्तिको अधिकार, बजारको नियमनमा राज्यको दायित्व, विधिको शासनको आधारभूत ढाँचा र विश्वव्यापिकरणको सन्दर्भमा हामीले आफ्नो सुरक्षा, समृद्धि र दीगो विकासको लागि न्यायपूर्ण व्यवस्था कसरी कायम गर्न सक्छौं भन्ने बारेमा समेत एउटा स्थायी सोच बनाउनु आवश्यक छ। त्यसो गरेमा मात्र अहिले करार कानूनको व्याख्याको सन्दर्भमा देखिएको अस्तव्यस्त अवस्थाबाट हामीहरु मुक्त हुन सक्छौं।

उपर्युक्त सैद्धान्तिक सन्दर्भमा करार ऐन २०५६ को दफा ८८ को व्यवस्थाको व्याख्या गर्दै अदालतले सो व्यवस्था "करार मान्य हुने वा नहुने व्यवस्था नभै त्यस्तो शर्त नपुगेको लिखत कार्यान्वयन हुने वा नहुने कुरासँग सम्म सम्बन्धित विषय हो" भनेको छ। हाल मुलुकी देवानी संहिता,२०७४ को दफा ५०७(३) र दफा ५१९ (२) (ख) मा उल्लिखित" कानूनबमोजिम कुनै औपचारिकता, कार्यविधि पूरा गरी गर्नुपर्ने वा कुनै निकायमा दर्ता गर्नुपर्ने व्यवस्था भएको करार त्यस्तो औपचारिकता, कार्यविधि पूरा नभई भएको वा दर्ता नभएकोमा" त्यस्तो करार कार्यान्वयन नहुने जुन व्यवस्था गरिएको छ सो कार्यविधिको सम्म कुरा हो भन्ने सो व्यवस्थाको अध्ययनबाट देखिन्छ[92]। अवश्य पनि त्यस्तो करार कार्यान्वयन हुन माथि उल्लेख गरेको कार्यविधि पूरा हुनुपर्छ, तर यसको मतलव करार नै अवैध वा अमान्य हुने भने होइन। अमान्य हुने भन्ने व्याख्या करारको दफा ४ र हाल मुलुकी देवानी संहितको दफा ५०७ को अनुकूल हुने देखिदैन। सो मुद्दामा दफा ८८ बारे अरु प्रकाश पार्दै अदालतले भनेको छः "करार ऐन, २०५६ को दफा ८८ कै सन्दर्भमा पनि सो कार्यविधि पक्षहरुले चाहेमा जहिले पनि पूरा गर्न सक्छन्, न्यायको लागि आवश्यक देखिएमा अदालतले मर्का पर्ने पक्षको निवेदनमा रजिष्ट्रेसन गर्नु भनी आदेश पनि दिन सक्छ। मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता,२०७४ को दफा१२ ले अदालतलाई त्यस्तो आदेश दिन सक्ने कानूनी आधार प्रदान गरेकै छ। यस्तो कानूनी व्यवस्था रहनु पूर्व नै पनि *तिर्थ राजकुमारी राणा*[93] लगायत करार ऐन,२०२३ अन्तरगतका कैयौं मुद्दाहरुमा यस अदालतले त्यस्तो आदेश दिएको पनि छ। तर दफा ८८ अन्तर्गतको रजिष्ट्रेसनको कार्यविधि पूरा नगरेको करार मान्य करार हुँदैन भन्दा पछिबाट त्यस्तो शर्त पूरा गर्ने सम्पूर्ण सम्भावनाहरु बन्द हुन्छन्। यस्तो व्याख्या करार ऐन, २०५६ को दफा ४ र देवानी संहिताको दफा ५०७ को मूल मान्यता र मर्मको विपरीत हुन जान्छ भन्ने करारीय स्वतन्त्रताको माथि उल्लिखित

---

92 मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता २०७४ को दफा ३६ को व्यवस्थाले पनि यसै कुरालाई इङ्गित गर्छ।

93 तिर्थ राजकुमारी राणा वि. रामशंकर श्रेष्ठको मु.स. गर्ने विनोद शंकर श्रेष्ठ, ने.का.प. २०४९ नि.नं. ४४४७ पृ १।

व्याख्याबाट देखिन्छ।...प्रस्तुत मुद्दामा करार रजिष्ट्रेसन गरेको अवस्था हुँदा करार ऐन, २०५६ को दफा ४ को शर्त र दफा ८८ को कार्यविधि पूरा गरेको देखिन्छ। तसर्थ प्रस्तुत मुद्दामा उत्पन्न विषयवस्तु *तुलारत्नको मुद्दा*मा जस्तो पेचिलो बनेको अवस्था छैन। वादी र प्रतिवादीबीच भएको करार उक्त दफा ४ वा दफा ८८ को व्यवस्थाको कारण कार्यान्वयनबाट रोकिनु पर्ने अवस्था देखिँदैन।" यसरी पवन राजभण्डारीको मुद्दामा सर्वोच्च अदालत पुनः करारीय स्वतन्त्रताको पक्षमा उभिन पुगेको छ।

४. उपसंहार

माथिल्ला खण्डहरुमा करारीय स्वतन्त्रताको विषयलाई संविधानले कायम गरेको खुला अर्थतन्त्र र मानव अधिकारको भावभूमिमा उभिएर हेर्ने प्रयास गर्‍यौं। करारीय स्वतन्त्रता करार कानूनको आधारभूत व्यवस्था हो। यसको मर्म नै मर्ने गरी करार कानून अघि वढ्न सक्दैन। करारीय स्वतन्त्रताको प्रयोग गरी करारीय सम्वन्ध स्थापित गर्ने निस्कर्षमा यदि पक्षहरु पुग्छन् भने असल नियतका साथ आ-आफ्नो करारीय दायित्व निभाउछन् भन्ने कानूनको अपेक्षा रहन्छ[94]। असल नियतपूर्वक करारको पालना गरिएको छ वा छैन भन्ने कुरा करारको उल्लंघनमा उपचार प्रदान गर्ने क्रममा न्यायिक विवेक प्रयोगमा एउटा आधार पनि वन्न सक्छ र यसले करारको वाध्यकारी शक्तिमा पनि कुनै न कुनै रुपले योगदान पनि गर्छ। तर "असल नियत" करारीय स्वतन्त्रताका मान्यताहरुलाई नै सारभूत रुपमा प्रभाव पार्ने गरी प्रयोग अघि सारिनु के कति हदसम्म उपयुक्त हुन्छ विचारणीय वन्छ[95]।

अध्ययनको क्रममा सर्वोच्च अदालतले करारीय स्वतन्त्रताको विषयलाई पछिल्लो समयमा आवश्यक गम्भीरतासाथ हेरेको देखिन्छ। *तुलारत्न*को मुद्दामा वहुमत र अल्पमतका रायहरुले करारीय स्वतन्त्रताको सैद्धान्तिक परिवेश र व्यावहारिक प्रयोगलाई आ-आफ्नै किसिमवाट हेर्ने र विश्लेषण गर्ने प्रयास गरेका छन्। त्यसैगरी *पवन राजभण्डारी*को मुद्दामा अदालतले यसको अवधारणात्मक पक्ष, ऐतिहासिक सन्दर्भ र वर्तमानको प्रयोगलाई मात्र नहेरी भविष्यको मार्गरेखा कोर्ने प्रयाससमेत गरेको हामी पाउँछौं। यसरी प्रयोगको विकास क्रमलाई हेर्दा अव करारीय स्वतन्त्रताको सैद्धान्तिक पक्षमा अलमलिनुपर्ने अवस्था छैन। यी फैसलाहरुले यो विषयमा आम पाठक र विश्लेषकहरुलाई कुनै न कुनै रुपमा दिशानिर्देश गर्नेछन् भन्ने लाग्छ। भविष्यमा करारीय स्वतन्त्रतालाई अदालतले कसरी हेर्छ र करारको कार्यान्वयनमा कुन मार्ग अनुसरण गर्छ भनी यसै भन्न त नसकिएला तर जे जस्तो मार्ग अनुसरण गरे पनि त्यो सुसूचित र सुविचारित हुन्छ र संविधानको भावभूमि, मानव अधिकार र खुला अर्थतन्त्रको मूल मान्यता अनुकूल नै हुन्छ भन्नेमा चाहिं विश्वस्त हुन सकिन्छ।

---

[94] मुलुकी देवानी संहिता २०७४, दफा ४९९

[95] See generally Daniel Markovits, Contract and Collaboration, 113 Yale L.J. 1417 (2004; Daniel Markovits, Good Faith as Contract's Core Value, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW (G. Klass, P. Saprai, and G. Letsas eds., 2014)

करार कानूनको व्यवस्था, मस्यौदाको पृष्ठभूमि र आधार

माधव पौडेल♠

१. पृष्ठभूमि

मानिस सामाजिक व्यक्ति भएकोले निजले समाजका विभिन्न मान्यता र सम्बन्धमा संलग्न रहनुपर्ने हुन्छ । सामाजिक मान्यतालाई पालना गर्दा वा सामाजिक सम्बन्धलाई अवलम्बन गर्दा व्यक्तिले विभिन्न किसिमको दायित्व सिर्जना र निर्वाह गर्नुपर्ने हुन्छ । यसरी व्यक्तिले सिर्जना गर्ने दायित्वमध्ये करार पनि एक हो । प्राचीन रोमन निजी कानून (Private Law) बमोजिम दायित्व सिर्जना हुने विभिन्न चार उपाय (करार, अर्ध–करार, दुष्कृति तथा अर्ध–दुष्कृति (Obligation arising out of, contract, quasi-contract, tort (delict) and quasi tort (quasi-delict) मानिन्थ्यो । कमन ल प्रणालीका अनुयायी मुलुकहरुमा कानूनलाई सार्वजनिक र निजी कानूनमा बर्गीकरण गर्ने अभ्यास नरहेको भए तापनि कन्टिनेन्टल कानून (सिभिल ल) प्रणाली अपनाउने मुलुकहरुमा निजी कानूनबमोजिम दायित्व सिर्जना हुने उपर्युक्त मान्यता अझै पनि कायम नै छ । सम्भवतः यसै कारणले हुनुपर्छ, कन्टिनेन्टल ल प्रणालीका अनुयायी देशमा करार कानूनलाई दायित्वसम्बन्धी कानून (Law of Obligation) को अभिन्न अंग मानिन्छ ।

करार सामाजिक सम्बन्धको माध्यम हो । हरेक व्यक्तिले प्रत्येक दिन जानेर होस् वा अज्ञानतावश विभिन्न प्रकारका करार गरी दायित्व सिर्जना र निर्वाह गर्नुपर्ने हुन्छ । शहरी जीवनमा भए पसलमा पत्रिका वा औषधी खरिद, सार्वजनिक सवारी साधनको प्रयोग, कफी पसलमा कफीको माग, फलफूल वा तरकारी खरिद, छिमेकीसँग हुने पैंचोको सम्बन्ध, स्वास्थ्योपचारका लागि चिकित्सकको परामर्श लिन लिएको समय आदि जुनसुकै काममा करारको उपस्थिति र दायित्व निर्वाह गर्नुपर्ने स्थिति रहन्छ । त्यसरी नै ग्रामीण जीवनमा भए छिमेकीसँग लेनदेन गर्ने ऐंचोपैंचो, लेनदेन, औषधी, नून, चिनी, तेल, साबुन वा अन्य अत्यावश्यक वस्तुको खरिद, एक अर्कालाई खेतीपाती गर्न पर्मा गर्ने वा कामदार लगाउने, आपसमा हुने ऋणको लेनदेन जस्ता काममा कुनै न कुनै रुपमा दायित्व सिर्जना भई करारको उपस्थिति रहन्छ । यसरी शहरी होस् वा ग्रामीण जीवनका त्यस्ता काम निःसन्देह व्यापारिक कारोबार नभएर देवानी प्रकृतिका सामाजिक सम्बन्ध हुन् ।

करार अर्थतन्त्र खासगरी व्यापार तथा व्यवसाय क्षेत्रको मुख्य आधारशिला (Foundation) हो र यही आधारशिलामा व्यापार व्यवसायका हरेक संरचनाहरु निर्माण भएका हुन्छन् । व्यापार तथा व्यवसाय संचालन गर्दा पाइला–पाइलामा करारको संलग्नता रहन्छ । व्यवसाय संचालनका लागि घर भाडामा लिंदा, कर्मचारी वा कामदार काममा लगाउँदा, बैंकबाट ऋण लिंदा, कच्चा पदार्थ खरिद गर्दा वा उत्पादित सेवा वा वस्तुको बजारीकरण गर्दा व्यवसाय संचालकले करार गर्नुपर्ने हुन्छ । यस अर्थमा करार वाणिज्य विधिशास्त्रको आधारशिला र वाणिज्य कानूनको अत्यन्त महत्वपूर्ण औजार हो ।

♠ पूर्व अध्यक्ष, नेपाल कानून आयोग।

यस अघि नै उल्लेख भइसकेको छ कि करारका मान्यता प्राचीन रोमन कानूनमा नै अभ्यासमा रहेको भए तापनि आधुनिक करार कानूनमा अधिकांश मान्यता अठारौं र उन्नाइसौं शताब्दीमा विकास भएको मानिन्छ । बेलायतमा भएको औद्योगिक क्रान्ति र राज्यहरुबीचको अन्तर्राष्ट्रिय व्यापारले त्यस्ता मान्यता विकास हुन मद्दत पुऱ्याएको थियो । त्यसबेला कायम रहेको स्वतन्त्र बजार (Free Market) वा (Laissez-Faire) अर्थतन्त्रले यसका विभिन्न सिद्धान्त प्रतिपादन गर्न मद्दत गरेको थियो । व्यापार—व्यवसायको लागि करार एक आदर्शमय उपकरण मानिएकोले नागरिकले गर्ने निजी करार (Private Contract) मा राज्यले हस्तक्षेप गर्न नहुने मान्यता विकास भएको थियो । स्वतन्त्र बजार (Laissez-Faire) अर्थतन्त्र कालमा करार गर्ने स्वतन्त्रतालाई नागरिकको अर्थोपार्जनको माध्यम ठानिएकोले करार गर्ने स्वतन्त्रता (Freedom of Contract) लाई बाँच्ने, अभिव्यक्त गर्ने, विवाह गर्ने र परिवार कायम गर्ने, वैयक्तिक गोपनीयता काम गर्ने, मतदान गर्ने जस्तै अधिकार मानिन्थ्यो । करार गर्ने अधिकार (Right to Contract) वा करारको स्वतन्त्रतालाई नागरिकको आधारभूत अधिकार वा स्वतन्त्रता भएकोले राज्यले हस्तक्षेप गर्न नहुने धारणा विकास भएको थियो । यस कथनलाई सं.रा.अमेरिकाको सर्वोच्च अदालतले ४ का विरुद्ध ५ मतले Lochner V. New York (1905) को विवादमा संघीय संविधान उल्लंघन नगरी व्यवस्थापक र कामदारबीच रोजगारीका सम्बन्धमा एक अर्काको करार गर्ने स्वतन्त्रतालाई प्रतिवन्ध गर्न वा हस्तक्षेप गर्न सकिँदैन" भनी ठहर गरेको थियो ।[96] सो विवादमा हप्तामा साठी घण्टाभन्दा बढी कसैलाई काममा लगाउन नसकिने न्यूयोर्कको १८७९ को कानून उल्लंघन गरेको कसूरमा Lochner लाई ५० डलर जरिवाना गर्ने सुरु र पुनरावेदन तहको फैसला उल्टयाइएको थियो ।[97] छुट्टै कुरा हो, त्यसपछि स.रा. अमेरिकामा यस सम्बन्धमा ठूलो विवाद भई करार गर्ने स्वतन्त्रता निरपेक्ष नभएको र यो राज्यबाट नियमन र हस्तक्षेप हुने विषय भएको मानी अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले West Coast Hotel Co. V. Parrish (1935) विवादमा Lochner V. New York (1905) को विवादमा आफूले कायम गरेको नजिर उल्टयाएको थियो ।[98]

बिसौं शताब्दीको प्रारम्भदेखि नै प्रारम्भ भएको लोक कल्याणकारी राज्य (Welfare State) को दर्शनबमोजिम राज्यले सार्वजनिक हितको लागि हस्तक्षेपकारी नीति अवलम्बन गरेपछि करारको प्रकृतिमा उल्लेख्य परिवर्तन भएको छ । निसन्देहः करार अर्थतन्त्रको आधारशिला हो र यो नै आधुनिक करार कानूनको मुख्य विशेषता हो । अर्थतन्त्रका हरेक अवयवमा कुनै न कुनै रुपमा करारको उपस्थिति रहन्छ । तथापि, करार राज्यबाट नियन्त्रित र नियमन हुने कानूनी उपकरण हो ।

स्वाभाविक रुपमा प्रश्न उठ्छ, करार भनेको के हो ? विभिन्न मुलुकका कानूनले करारलाई कसरी परिभाषा गरेका छन् ? यसका अत्यावश्यक शर्तहरु के के हुन् ? यस सम्बन्धमा प्रारम्भमा नै अध्ययन हुन आवश्यक छ । विभिन्न कानून प्रणाली अवलम्बन गर्ने मुलुकका कानूनले करारलाई देहायबमोजिम परिभाषा गरेको पाइन्छ :

---

[96] David M. O' Brien, Consitutional Law and Politics, Volume 2, New York, 2005, P. 275

[97] Ibid. P. 273

[98] Ibid. P. 284

क) ब्रिटिश करार कानूनबमोजिम करार भन्नाले “कानूनबमोजिम कार्यान्वयन हुने वा मान्यता प्राप्त दायित्व उत्पन्न गर्ने सम्झौता (A contract is an agreement giving rise to obligation which are enforced or recognized by Law)". को रुपमा परिभाषा गरिएको पाइन्छ ।[99] कमन लको अभ्यासबमोजिम कुनै पनि करार हुन पक्षहरुको सहमति, करार गर्ने मनसाय र प्रतिफल आधारभूत आवश्यकता (Basic Essentials) मानिन्छन् ।

ख) अमेरिकी कानून प्रणालीमा सर्वमान्य रुपमा स्वीकार गरिएको (Commonly Accepted) करारको परिभाषा व्यापक रहेको छ ।[100] The Restatement of Law of Contract का अनुसार करारलाई यसरी परिभाषा गरिएको देखिन्छ :

“करार भनेको कुनै प्रतिज्ञा वा प्रतिज्ञाहरुको व्यवस्था हो, जसको उल्लंघन भएमा कानूनले कुनै उपचार प्रदान गरेको हुन्छ वा त्यसको परिपालनलाई कानूनले कुनै पनि उपायबाट कर्तव्यको रुपमा मान्यता दिएको हुन्छ । (A contract is a promise or set of promises for breach of which the law gives a remedy or the performance of which the law in some way recongnizes as a duty).”[101] अमेरिकी कानून प्रणाली (अदालतको अभ्यास) बमोजिम कुनै पनि करार कार्यान्वयन हुन निम्न शर्त पूरा गर्नु पर्दछ :[102]

क) प्रस्ताव र स्वीकृति देखिने गरी भएको सम्झौता,

ख) प्रतिफल हुने गरी भएको पक्षको प्रतिज्ञा,

ग) दुई वा दुईभन्दा बढी सक्षम पक्ष,

घ) सम्झौताको कानूनसम्मत उद्देश्य (कानूनबमोजिम वा कमन लका मान्यताबमोजिम बदर नहुने

ग) भारतीय करार ऐन, १८७२ को दफा २ को खण्ड (ज) बमोजिम करारलाई ब्रिटिस करार कानूनमा जसरी नै “कानूनबमोजिम कार्यान्वयन हुन सक्ने सम्झौता (An agreement enforceable by law is a contract)”[103] को रुपमा परिभाषा गरेको देखिन्छ ।

भारतीय करार ऐन, १८७२ बमोजिम स्वतन्त्र सहमतिमा सक्षम पक्षहरुले कानूनसम्मत प्रतिफलका लागि कानूनसम्मत उद्देश्य भएको र सो ऐनबमोजिम बदर नहुने करारलाई कानूनबमोजिमको करार हुने व्यवस्था गरेको देखिन्छ ।[104]

घ) फ्रान्सिसी देवानी संहिता, (Code Civile de Francais) १८०४ बमोजिम करारलाई अन्य कानून प्रणालीमा जस्तै दायित्व भएको सम्झौताको रुपमा परिभाषा गरिएको देखिन्छ । फ्रान्सिसी देवानी

---

[99] Basic Principles of English Contract Law

[100] Contemporary Business Law, Principles and Cases, Second edition McGraw-Hill Books, 1982, P. 168

[101] Ibid

[102] Ibid P. 169

[103] Indian Contract Act, 1872, sec. 2(h)

[104] Ibid. section 10

संहिता (१८०४) मा समय समयमा प्रशस्त संशोधन हुँदै आएका छन् । यसमध्ये सन् १९९४ मा र सन् २०१६ मा भएका संशोधनले दायित्वसम्बन्धी कानूनमा थप सुधार भएका छन् । सन् २०१६ को संशोधन हुनुअघि "करार भनेको एक सम्झौता हो, जसले एक व्यक्ति वा एकभन्दा बढी व्यक्तिहरुले अर्को व्यक्ति वा व्यक्तिहरुका सम्बन्धमा कुनै कुरा हस्तान्तरण गर्न वा कुनै काम गर्न वा नगर्न एकआपसमा वाध्य गरेको हुन्छ । (A contract is an agreement by which one or several persons bind themselves, towards one or several others, to transfer, to do or not to do some thing)."[105] भनी करारलाई परिभाषा गरेको थियो । यस परिभाषामा परिवर्तन गरी मौजुदा व्यवस्थाअनुसार "करार भन्नाले दुई वा दुईभन्दा बढी व्यक्तिहरुले दायित्व सिर्जना गर्ने, परिवर्तन गर्ने, हस्तान्तरण गर्ने वा अन्त्य गर्ने इच्छाको मिलन (समन्वय) हो । (A contract is a concordance of wills of two or more persons intended to create, modify, transfer or extinguish obligations)"[106] फ्रान्सिसी देवानी संहिताबमोजिम कानूनसम्मत ढँगबाट भएका करारहरु करार गर्ने व्यक्तिहरुका लागि कानूनबमोजिम बाध्यात्मक भएको मानिन्छन् । (Contracts which are lawfully formed having the binding force of legislation for those who have made them).[107]

ङ) सन् १९४२ को इटालियन देवानी संहिता (सन् २००३ मा भएको संशोधनसहित) बमोजिम करारलाई देहायबमोजिम परिभाषा गरिएको पाइन्छ: [108]

"करार भनेको कुनै दुई वा दुईभन्दा बढी पक्षहरुबीच आपसमा आ–आफ्नो अंशको (Patrimonial) कुनै कानूनी सम्बन्ध कायम गर्न, नियमन गर्न वा अन्त्य गर्न भएको सम्झौता (A contract is an agreement of two or more parties to establish, regulate or extinguish a patrimonial legal relationship among themselves)" भनी परिभाषा भएको छ ।

इटालीको देवानी संहिताबमोजिम करार हुन देहायका आवश्यक शर्तहरु हुन आवश्यक छ :[109]

१) सम्झौता (Agreement)

२) गैर कानूनी सम्बन्ध हुन नहुने, काल्पनिक हुन नहुने विषय (Causa)

३) कानूनसम्मत उद्देश्य,

४) कानूनले स्वरुप (Form) निर्धारण गरेको भए त्यस्तो स्वरुप ।

च) रुसी महासंघको देवानी संहिता (१९९४—१९९६) बमोजिम "देवानी अधिकार तथा कर्तव्यको कायम, परिवर्तन वा अन्त्यका लागि दुई वा दुईभन्दा बढी व्यक्तिहरुबीच भएको कुनै सम्झौतालाई करार मानिनेछ (A contract shall be considered to be an agreement of two or more persons concerning

---

[105] Article 1101, Civil Code of France (Code Civile de Francais)

[106] Art. 1103, Civil Code of France (;g\ @)!^ sf] ;'wf/;lxt)

[107] Ibid. Art 1103

[108] Italian Civil Code (1939), Title II, Contracts in General, 1321 (Notion of Cotract)

[109] Ibid. sec. 1325

institution, modification or termination of civil rights and duties)"[110] भनी परिभाषा गरेको देखिन्छ ।

छ) कमन ल प्रणालीको अर्को अनुयायी मुलुक — न्यूजिल्याण्डको करार तथा वाणिज्य कानून ऐन, २०१७ बमोजिम "करार भन्नाले लिखत वा लिखित रुपमा, मौखिक रुपमा वा आंशिक रुपमा लिखित तथा आंशिक रुपमा मौखिक रुपमा सम्पन्न भएको वा कानूनले निर्धारण गरेको करारसमेतलाई जनाउन (Contract includes a contract made by deed or in writing, orally or partly in writing and partly orally or implied by law)." छ । सो ऐनले न्यूजिल्याण्डमा तत्काल कायम रहेका विभिन्न एक दर्जन जति करारसम्बन्धी ऐनहरु खारेज गरी एक व्यापक प्रयोजनको एकीकृत करार कानूनको व्यवस्था गरेको थियो ।[111]

ज) क्यानाडाको क्यूबेक प्रान्तमा लागू भएको देवानी संहिता, १९९४ बमोजिम करारलाई निम्नबमोजिम परिभाषा गरिएको पाइन्छ: [112]

"करार भन्नाले कुनै एक व्यक्ति वा विभिन्न व्यक्तिहरुले कुनै व्यक्ति वा विभिन्न व्यक्तिहरुको सम्बन्धमा कुनै कुरा परिपालन गर्न दायित्व लिने इच्छाले भएको सम्झौता (A contract is an agreement of wills by which one person or several persons obligate themselves to one or several other person to perform a presentation). हो ।"

झ) मिश्रित कानून प्रणाली अपनाउने मुलुक — फिलिपिन्सको देवानी संहिता (१९४९) बमोजिम करारलाई यसरी परिभाषा गरिएको छ:[113]

"करार भन्नाले दुई व्यक्तिहरुबीच मन मिलेको विषय हो, जसअनुसार एक व्यक्तिले अर्को व्यक्तिको सम्बन्धमा कुनै कुरा दिन वा कुनै सेवा प्रदान गर्न आफूलाई बाध्य गरेको हुन्छ । (A contract is a meeting of minds between two persons whereby one binds himself, with respect to other to give something or to render some service)"

फिलिपिनो देवानी संहिताबमोजिम कानूनसम्मत करार हुन देहायको शर्त पूरा हुनुपर्दछ र त्यस्ता शर्त पूरा नभएमा करार भएको मानिन्न[114]:

(क) पक्षहरुको सहमति,

(ख) करारको विषयवस्तु निश्चित भएको विषय,

(ग) दायित्व कायम गर्ने कारण ।

ञ) एक्काइसौं शताब्दीको प्रारम्भमा मस्यौदा गरी लागू गरिएको कम्बोडियाको देवानी संहिता (२००७) बमोजिम करारको परिभाषा यस प्रकारको छ: [115]

---

[110] Russian Civil Code (1994-1996), section 420

[111] Contract and Commercial Law Act, 2017

[112] Civil Code of Quebee, 1994, section 1378.

[113] Art. 1305

[114] Art. 1318

[115] Civil Code of Combodia, 2007, section 311 (Definition of Contract)

"करार भनेको दुई वा दुईभन्दा बढी पक्षहरुको कुनै दायित्व सिर्जना गर्ने, परिवर्तन गर्ने वा अन्त्य गर्ने मनसायको मिलन हो । (A contract is the matching of intentions held by two or more parties to create, change or extinguish an obligation)."

ट) यूरोपेली देवानी संहितासम्बन्धी अध्ययन समूह (Study Group on a European Civil Code) र युरोपेली समुदायसँग सम्बन्धित निजी कानूनको अनुसन्धान समूह (Research Group on European Private Law) (Acquis Group) ले तयार गरेको साझा संरचनाको सन्दर्भको संशोधित तथा अन्तिम मस्यौदा (Draft of a Common Frame of Reference) (DCFR) मा गरिएको करारको परिभाषा देहायबमोजिम रहेको छ :
"करार भनेको कुनै वाध्यात्मक कानूनी सम्बन्ध वा केही अन्य कानूनी परिणाम उत्पन्न हुन दिने मनसायले भएको सम्झौता हो । (A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect.)Æ यो द्विपक्षीय वा बहुपक्षीय कानूनी कार्य हो । (It is a bilateral or multilateral juridical act).[116]

माथि उल्लिखित करारको परिभाषा र यसका आवश्यक शर्तहरु अध्ययन गर्ने हो भने जुनसुकै कानून प्रणाली भए पनि करारको मान्यता र यसका आवश्यक शर्तहरुका सम्बन्धमा सारभूत (Substantial) रुपमा फरक देखिन्न । सक्षम पक्षहरुले दायित्व सिर्जना गर्ने मनसायले गरेको कानूनसम्मत सम्झौता नै जुनसुकै कानून प्रणालीको दृष्टिमा करार हो ।

२. नेपालको सन्दर्भमा करारसम्बन्धी मान्यताको संक्षिप्त सिंहावलोकन

विश्वव्यापी सन्दर्भमा देवानी कानूनको दृष्टिकोणबाट करारको मान्यताको इतिहास प्राचीन रोमनकाल र सोभन्दा अघिदेखि नै भएको देखिए तापनि वाणिज्य कानूनको दृष्टिकोणबाट करारको इतिहास त्यति लामो छैन । वाणिज्य कानूनको दृष्टिकोणबाट विकास भएका करारका आधुनिक मान्यता र सिद्धान्त यूरोपमा भएको जहाज परिवहन, औद्योगिकीकरणको प्रक्रियासँगै पछिल्ला करिब तीन चार सय वर्षको अवधिमा विकास भएको मानिन्छ । कमन ल प्रणालीमा अभ्यास रहेका आधुनिक करारका मान्यता ब्रिटेनको औद्योगिक क्रान्तिपछि र खासगरी अठारौं र उन्नाइसौं शताब्दीमा विकास भएको मानिन्छ । छुट्टै कानूनको शाखाको रुपमा मान्यता पाउनु अघिसम्म करारलाई देवानी कानून र खासगरी सम्पत्ति कानूनको विषयको रुपमा हेरिन्थ्यो ।

ब्रिटेनमा अठारौं शताब्दीसम्म पनि करारसम्बन्धी कानूनको पूर्ण रुपले विकास भएको थिएन ।[117] करारजन्य लेनदेन व्यवहार उल्लंघन भएमा प्रारम्भमा समन्याय (Equity) करारजन्य लेनदेन व्यवहार उल्लंघन भएमा प्रारम्भमा समन्याय Writ of Debt, Writ of Covenant वा Writ of Account को माध्यमबाट

---

116 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, European Law Publishers, 2009 Book II, Chapter I, I:101, P. 183.

117 भरतराज उप्रेती, करार कानून, कानून अनुसन्धान तथा विकास फोरम, २०६६ पृ. ३८

उपचार दिइन्थ्यो ।[118] कमन लको अभ्यासबाट ब्रिटेनमा करार कानूनको उल्लेख्य विकास भएको र हाल त्यहाँ करारसम्बन्धी कमन लका आधारभूत सिद्धान्तका अतिरिक्त एक–डेड दर्जन जति करारका विभिन्न पक्षलाई सम्बोधन गर्ने संसदीय ऐन बहाल रहेका छन् ।

ब्रिटेनले आफ्नो अभ्यासमा रहेका लिखित ऐन तथा कमन लका मान्यतालाई एकीकरण गरी सन् १८७२ मा भारतका लागि भारतीय करार ऐन, १८७२ जारी गरेको थियो र सो ऐन आ–आफ्नो राष्ट्रिय परिवेश र आवश्यकताअनुसार आवश्यक परिमार्जन र हेरफेरसहित भारत, पाकिस्तान तथा बंगलादेशमा बहाल रहेको छ । यसका सिद्धान्तहरु म्यानमार तथा कमन लका अनुयायी अन्य देशमा पनि बहाल रहेको मानिन्छ ।

करारको अभ्यास कुनै न कुनै रुपमा शताब्दिऔंदेखि नै हुँदै आएको रहेको भए तापनि नेपालको सन्दर्भमा छुट्टै करार कानूनको इतिहास त्यति लामो छैन । सम्वत १९१० सालमा ऐन (मुलुकी ऐन) जारी भएपछि सम्पत्ति कानूनका सम्बन्धमा करार कानूनका विभिन्न मान्यता (लेनदेन व्यवहार, बन्धकीसम्बन्धी व्यवस्था) सँग आबद्ध भएर करार कानूनको विकास भएको देखिन्छ । अचल सम्पत्तिको सट्टापट्टा, भोगबन्धकी, धर्मपुत्र जस्ता करारका तत्व रहेका कारोबार लिखित रुपमा हुनुपर्ने र सम्वत १९९२ देखि अड्डामा रजिष्ट्रेशन पनि हुनुपर्ने गरी कानूनी व्यवस्था भएको देखिन्छ ।[119] सम्वत २०१९ साल चैत्र २९ गते प्रमाणीकरण (लालमोहर सदर) भई सम्वत २०२० साल भाद्र १ गतेदेखि प्रारम्भ भएको तत्काल प्रचलित मुलुकी ऐन, लेनदेन व्यवहारको ३७ नम्बरमा (करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ बमोजिम खारेज भएको) करार सम्बन्धलाई आधुनिक सिद्धान्तबमोजिम नियमन हुन सक्ने गरी देहायको व्यवस्था गरेको देखिन्छ :
"३७ नं. ।। यस महलका अन्य नम्बरहरुमा व्यवस्था नभएको अन्य कुनै शर्तनामा, कबुलियतनामा वा सम्झौताको लिखत रहेछ र सो लिखतमा लेखिएको व्यवहारसम्बन्धी कुरा कानूनको विरुद्ध रहेनछ भने लिखतै बमोजिम हुन्छ ।"

तत्काल प्रचलित मुलुकी ऐनको उपर्युक्त व्यवस्थाबमोजिम करारसम्बन्धी देहायका विषयहरु नेपाल कानूनमा स्थान पाएको देखिन्छ :

क) मुलुकी ऐन, लेनदेन व्यवहारको विषय बाहेक पनि अन्य व्यवहार वा विषयमा करार (शर्तनामा, कबुलियतनामा वा सम्झौता) हुन सक्ने,
ख) खण्ड (क) बमोजिमका विषयमा लिखित करार भएकोमा त्यस्तो करार लिखतबमोजिम नै हुने,
ग) खण्ड (ख) बमोजिमको लिखित करार कानून (मुलुकी ऐन तथा अन्य लिखित कानून) विरुद्ध हुन नहुने ।

संक्षिप्त रुपमा नै भए पनि करारसम्बन्धी केही मान्यताहरु नेपाल कानूनमा प्रवेश गराएको र त्यस्ता मान्यताबमोजिम प्रचलित कानूनको प्रतिकूल नहुने गरी करार गर्न सकिने र करार भई करारबमोजिम

---

[118] उही पृष्ठ ३८

[119] पृष्ठ ४२

दायित्व सिर्जना भएकोमा त्यस्तो दायित्व करारबमोजिम नै हुने गरी करारसम्बन्धी आधुनिक मान्यतालाई स्थान दिएको देखिन्छ ।

करारको अवधारणागत मान्यतालाई तत्काल प्रचलित मुलुकी ऐनले स्थान दिएको भए तापनि करार भनेको के हो ? करारका पक्षको योग्यता कस्तो हुने ? करार उल्लंघन भएमा प्राप्त हुने उपचार के के हुन् ? कस्तो करार कानूनसम्मत वा मान्य हुने र करार मान्य नभएमा त्यसको परिणाम के हुने ? आदि जस्ता करार कानूनका अत्यन्त आधारभूत मान्यता (प्रश्न) सो ऐन तथा अन्य ऐनमा लामो समयसम्म रिक्त रहेको देखिन्छ । यस्ता मान्यताहरुको नियमन करारसम्बन्धी विधिशास्त्रीय डक्ट्रिन (सिद्धान्त) बाट पूरा गर्नुपर्ने हुन्थ्यो । रोचक कुरा के छ भने सामान्य करारका आधारभूत मान्यताको परिभाषा प्रचलित कानूनमा नभए तापनि विशेष प्रकृतिको करारमा आधारित साझेदारी ऐन, २०२०, रकम र सरकारी ठेक्का बन्दोबस्त ऐन, २०२० र रकम र सरकारी ठेक्का बन्दोबस्त नियमावली, २०२१, राशन ठेक्का बन्दोबस्त नियमावली, २०१८ जारी भई कार्यान्वयनमा रहेका थिए । यो अभ्यास आफैमा द्विविधाजनक थियो ।

करारसम्बन्धी उल्लिखित अभाव पूर्ति गर्न करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ जारी भएको थियो । करारको परिभाषा, पक्षहरुको योग्यता, मान्य हुने करार, करारका शर्त, करार उल्लंघनबापत उपलब्ध उपचार (क्षतिपूर्ति) तथा कानूनी उपचारको हदम्याद जस्ता नेपाल कानूनको महत्वपूर्ण अभाव सो ऐनले पूरा गरेको थियो । तथापि, करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ का कानूनी व्यवस्थाहरु करारसम्बन्धी आधुनिक मान्यताभन्दा भिन्न रहेका कारण करारका डक्ट्रिनको सहयोग लिनुपर्ने बाध्यतामा उल्लेख्य सुधार हुन सकेन । खासगरी करारको परिभाषा, करार उल्लंघनबापतका विभिन्न कानूनी उपचारलाई पूर्णता दिन डक्ट्रिन र न्यायिक सिद्धान्तको सहायता लिनुपर्ने अवस्था यथावत रहेको थियो । कानूनी उपचार र विवाद समाधानको हदम्याद (मुद्दा गर्नु परेको कारण उत्पन्न भएको मितिले तीन महिनाभित्र)[120] को कारणबाट सिर्जित व्यावहारिक कठिनाई (अत्यन्त छोटो अवधिको हदम्याद) को कारणले गर्दा करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ मा सुधार हुन आवश्यक रहेको थियो ।

नेपाल सरकारले अपनाएको खुला तथा बजारमुखी अर्थतन्त्रको कानूनी आधारशिला करार कानून रहेको र वैदेशिक व्यापार तथा लगानी अभिवृद्धि गर्न, आन्तरिक बजारका व्यापारिक कारोबारलाई सहज बनाउन, सम्पत्तिको बहुआयामिक प्रयोग र व्यवस्थापन गर्न, ढुवानी, वस्तु बिक्री, एजेन्सी, धितो, जमानत जस्ता करारका सिद्धान्तहरुलाई ऐनमा समावेश गर्न र करार उल्लंघन भएका बखत पक्षले पाउन सक्ने कानूनी उपचार तथा त्यसको सीमा ऐनमा नै उल्लेख गर्न र हदम्याद जस्तो अत्यन्त प्राविधिक विषयलाई लचिलो बनाउन तत्काल कायम रहेको करार कानूनमा सुधार आवश्यक थियो । यही कारणबाट नै करार ऐन, २०५६ (यस आलेखमा "करार ऐन, २०५६" भनिएको) निर्माण भई लागू भएको हो । करार ऐन, २०५६ प्रारम्भ भएपछि नेपालको करार कानूनी व्यवस्थालाई कम्तीमा भारतीय करार ऐन, १८७२ को कानूनी

[120] करारसम्बन्धी ऐन, २०२३, दफा १८

व्यवस्थाको समकक्षमा ल्याएको थियो ।[121] करार ऐन, २०५६ बमोजिम देहायका कानूनी व्यवस्थामा स्पष्टता आएको थियो :

१) करारको परिभाषा (दफा २ (क)),
२) करार गर्ने व्यक्तिको योग्यता (दफा ३),
३) पक्षहरुको स्वायत्तता (दफा ४),
४) अप्रत्यक्ष करार तथा सांयोगिक करार (दफा ११ र १२),
५) बदर हुने (Void) र बदर हुन सक्ने (Voidable) करारको परिभाषा (दफा १३ र १४),
६) करार परिपालना गर्न नपर्ने अवस्था (दफा ७९),
७) करारको उल्लंघन भएको मानिने अवस्था (दफा ८२),
८) करार उल्लंघन भएमा उपलब्ध हुने विभिन्न किसिमका कानूनी उपचार (दफा ८३, ८४, ८५, ८६ र ८७),
९) विभिन्न किसिमका विशेष प्रकृतिका करारका विशेष शर्तहरु (जमानत, नासो, धितो धरौट, वस्तु विक्री, एजेन्सी, ढुवानी सम्बन्धी करार),
१०)करारका सम्बन्धमा उजुर गर्ने हदम्याद (दफा ८९) आदि ।

मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ प्रारम्भ भएपछि करार ऐन, २०५६ खारेज भएको छ । सो ऐन खारेज गर्नुपर्ने कारण, त्यसका आधार र करार कानूनमा भएका सुधार यसपछिका विभिन्न प्रकरणमा उल्लेख गरिएको छ ।

३. करार देवानी कानून वा वाणिज्य कानूनको विषय हो ?

करार देवानी कानूनको विषय वा वाणिज्य कानूनको विषय हो ? वर्षौंदेखि नेपाली कानूनविद्‌हरुबीच यो विवाद र बहस हुने विषय हो । रोमन कानूनमा आधारित रोमानो–जर्मन कानूनका अनुयायी मुलुकहरुले करारलाई सामान्यतया देवानी कानूनको विषय ठानी आफ्नो देवानी संहितामा समावेश गर्ने गरेका छन् । तथापि, कमन ल प्रणालीका अनुयायी मुलुकमा यो विषयमा विभिन्न कोणबाट बहस हुने गर्दछ ।

करार देवानी वा वाणिज्य कानूनको विषय हो वा होइन भन्ने सन्दर्भमा चर्चा हुनुअघि देवानी कानूनले समेट्ने विषयक्षेत्र (Scope) कुन कुन हुन् भनी स्पष्ट हुन आवश्यक छ । जुनसुकै कानून प्रणालीमा आधुनिक देवानी कानूनले नियमन गर्ने वा समेट्ने देहायका मुख्य चार विषय रहेको मानिन्छ :

१) परिवार वा पारिवारिक सम्बन्ध (पारिवारिक कानून) (अपुताली समेत),
२) सम्पत्तिको प्राप्ति, भोग र व्यवस्थापन (सम्पत्ति कानून),
३) दायित्व र करार सम्बन्ध (करार कानून), र
४) देवानी अपकार्य (Civil Wrongs) (देवानी प्रकृतिको दृष्कृति कानून) ।

---

[121] भरतराज उप्रेती, उही पृष्ठ ४७

युरोपेली विधिशास्त्रको विकासको प्रारम्भिक कालमा कुनै समय थियो, जतिबेला वाणिज्य कानूनको प्रादुर्भाव भएको थिएन । रोमन कालमा विकास भएको देवानी कानून (Jus Civile) रोम साम्राज्यका रोमन नागरिक (Cives Romani) लाई मात्र लागू हुन्थ्यो (विदेशीलाई लागू नहुने) र सार्वजनिक कानून (Jus Gentium) भन्दा भिन्न थियो । विकास क्रममा Jus Civile जहाँसुकै रहेका रोमन नागरिकलाई लागू हुन थाल्यो । त्यसबेला स्वभाविक रुपमा करार Jus Civile को अभिन्न अंग नै थियो । क्यानोन कानून (Canon Law) को विकास भएपछि राज्य निर्मित कानून देवानी कानून चर्चले निर्माण गर्ने कानूनभन्दा फरक हुन थाल्यो । व्यापारिक कानून (Mercantile Law) विकास भएपछि मध्ययुगमा सर्वसाधारणको सम्बन्ध देवानी कानूनले र साहु, महाजन र व्यापारिक समूहको सम्बन्ध वाणिज्य कानूनबाट नियमन हुन प्रारम्भ भएको पाइन्छ ।

देवानी कानून र वाणिज्य कानूनले नियमन गर्ने विषयक्षेत्र (Scope) को स्पष्ट रुपमा सीमांकन गर्न सहज छैन । यसअघि नै संक्षिप्त रुपमा चर्चा भइसकेको छ कि प्रारम्भका दिनमा देवानी कानूनले नै वाणिज्य कानूनले नियमन गर्ने विषय पनि सम्बोधन गरेको थियो । साहु—महाजनको सम्बन्ध नियमन गर्न व्यापारिक कानून (Mercantile Law) को प्रादुर्भाव र विकास भएपछि व्यापारिक कारोबारको विषय व्यापार कानूनको क्षेत्रमा समावेश हुन थाल्यो ।

घ्यापारिक कानून' एक गतिशील कानून भएकोले यसको विकास क्रमसँगै 'नाम' र 'क्षेत्र' पनि परिवर्तन हुँदै गयो । सुरुमा साहु—महाजनको व्यापार सम्बन्धलाई मात्र सम्बोधन गर्ने व्यापार कानून, समय क्रममा व्यापार कानून (Trade Law), वाणिज्य कानून (Commercial Law) (कानूनी व्यक्ति (कम्पनी) को स्थापना, विघटन, एजेन्सी आदिको नियमन गर्ने) व्यावसायिक कानून (Business Law) हुँदै आधुनिक विधिशास्त्रमा यसले कर्पोरेट कानून (Corporate Law) को ठाउँ लिएको छ । व्यापारिक कानून (Mercantile Law) को कर्पोरेट कानूनसम्मको यात्रामा यसले आफ्नो विषयक्षेत्रलाई उल्लेख्य रुपमा विस्तार गरेको छ । तथापि, यसले परम्परागत देवानी कानूनको विषयवस्तुलाई संकुचन गरेको वा प्रतिकूल प्रभाव पारेको देखिन्न ।

जहाँसम्म देवानी र वाणिज्य कानून कार्यान्वयन गर्ने कार्यविधि कानूनको प्रश्न छ, प्रारम्भदेखि नै देवानी कानून र वाणिज्य कानून दुबैको साझा कार्यविधि देवानी कार्यविधि कानून हुँदै आएको र केही खास विषयका अपवाद बाहेक देवानी कार्यविधि कानूनका मान्यता वाणिज्य कानूनका हकमा पनि लागू हुन्छन् ।

तथापि, बिसौं शताब्दिको मध्यदेखि व्यापारिक वा वाणिज्य प्रकृतिका विवादहरु नियमित न्यायिक प्रक्रिया बाहिरै अन्य उपयुक्त वैकल्पिक विधि (मध्यस्थता) बाट विवादको समाधान गर्ने अभ्यास विकास हुँदै आएको र न्यायिक प्रक्रिया अपनाउनु पर्ने भए छुट्टै र छिटो न्याय सम्पादन हुने संयन्त्र विकास भएको देखिन्छ । बिसौं शताब्दीको उत्तरार्द्धदेखि उपभोक्तासम्बन्धी कानून पनि वाणिज्य कानून वा कर्पोरेट कानूनको दायराभित्र आउनु पर्ने धारणा पनि विकास हुँदै आएको पाइन्छ ।

यसअघि नै उल्लेख गरिएको छ कि करार गर्ने व्यक्तिहरुले स्वेच्छाले कार्यान्वयन गर्ने गरी आपसमा सिर्जना गरिएका बाध्यात्मक प्रकृतिको सम्बन्ध नै करार हो । यस दृष्टिकोणले हेर्ने हो भने व्यक्तिहरुले

आफूलाई बाध्यात्मक हुने गरी सिर्जना गरेका देवानी प्रकृतिका जुनसुकै सम्बन्धमा करारको कुनै न कुनै तत्वको उपस्थिति रहन्छ । अंशियारहरुले गरेको अंशवण्डाको लिखत होस् वा दान वकसको लिखत, घर खर्चको प्रयोजनका लागि व्याज लेनदेन गर्ने शर्तमा साहु र असामीबीच भएको कपाली तमसुक होस् वा निश्चित रकम निश्चित समयावधिभित्र भुक्तानी नगरेमा ऋणीको कुनै चल वा अचल सम्पत्ति भोग गर्न पाउने गरी वाणिज्य बैंकसँग भएको दृष्टि बन्धक लिखत कुनै न कुनै रुपमा करारको तत्व रहेको हुन्छ । सम्भवतः यही मान्यताको कारणले हुन सक्छ कमन कानूनी प्रणाली, कन्टिनेन्टल कानून प्रणाली र मुस्लिम कानून प्रणालीले विवाहलाई पनि करारको रुपमा परिभाषा गरेका छन् । विवाहलाई करारको रुपमा स्वीकार भएपछि स्वभाविक रुपमा करार रद्द गर्न (सम्बन्ध विच्छेद हुन) सकिने र सम्बन्ध विच्छेदका शर्तहरुमा करारका तत्व रहने हुन्छ । यस अर्थमा करारलाई देवानी कानूनको क्षेत्रभित्र नै राख्नुपर्ने हुन्छ । अंशवण्डा, लेनदेन, सापटी, पैंचो वा नासो धरौटको सम्बन्ध निसन्देह देवानी कानूनका विषय हुन् । तथापि, त्यस्ता सम्बन्धमा करारका तत्व रहेका छन् ।

विभिन्न मुलुकको अनुभवले सामान्य करारलाई देवानी कानूनको अंगको रुपमा नै विकास गरेको देखिन्छ । सन् १८०४ मा जारी भएको फ्रान्सिसी देवानी संहिता (Code Civile des Francais) (सन् १९९४ र २०१६ को व्यापक संशोधन र त्यसपछिका संशोधनसहित) को भाग (Book= Three) (Title III : Contracts or Conventional Obligations in General), जर्मन देवानी संहिता, (सन् १९९२ को संशोधनसहित) को भाग (Book = Two, Section II, Law of Obligation), जापानी देवानी संहिता (Mimpo) (१८९६) (Book III) को (Chpater II), क्यानाडियन प्रान्तको क्यूबेकको देवानी संहिता (१९९४) (Civil Code), इटालीको देवानी संहिता (The Italian Civil Code) को Book Four दायित्व (Obligation) को Title मा करारसम्बन्धी सामान्य व्यवस्था (Contracts in General), रुसी महासंघको देवानी संहिता (Civil Code of Russian Federation) को भाग १ Section III को Subsection:2 (करारका सामान्य प्रावधानहरु) तथा एक्काइसौं शताब्दीमा जारी भएको पहिलो देवानी संहिता (कम्बोडिया) को भाग (Book Four, Chapter Two : Declaration and Intention Contracts / Book Five मा Particular Types of Contracts) र मिश्रित कानून प्रणाली अपनाउने मुलुक फिलिपिन्सको देवानी संहिता (१९४९) भाग ४ (Book IV), मा करारसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था रहेको पाइन्छ ।

नेपालको सन्दर्भमा चर्चा गर्दा छुट्टै करार कानूनको विकास नभइसकेको अवस्थामा पनि तत्काल कायम रहेको मुलुकी ऐनमा रहेका जमानी गर्नेको महल, लेनदेन व्यवहारको महल, नासो धरौटको महल, दानवकसको महल, घर बनाउने महल (खासगरी घर, पसल बहालसम्बन्धी) का विभिन्न दफामा आधुनिक करार कानूनको मान्यता रहेका थिए । मुलुकी ऐनका उपर्युक्त व्यवस्थाहरु स्पष्ट रुपमा करारको रुपमा नामाकरण नभए तापनि तिनको प्रकृतिले त्यस्ता व्यवस्थाहरुलाई सम्पत्ति कानूनका मान्यताका रुपमा मात्र सीमित राख्न सकिन्न । तसर्थ, करार कानूनका सामान्य मान्यताहरु नेपालको सन्दर्भमा मूलतः देवानी कानूनका मान्यताको रुपमा रहेको मान्नुपर्ने हुन्छ । यो अभ्यास हाम्रो मुलुकमा मात्र नभएर कमन ल र कन्टिनेन्टल दुबै कानून प्रणालीमा स्थापित मान्यता हो ।

करारलाई देवानी कानूनको क्षेत्रभित्रको विषय मान्नुको तात्पर्य करारसम्बन्धी सम्पूर्ण विषय वा मान्यताहरु देवानी कानूनको क्षेत्रभित्र नै समावेश भएका हुन्छन् भन्ने अर्थमा लिनु हुँदैन । करारसम्बन्धी कैयौं यस्ता मान्यताहरु छन् जसको प्रकृति वा चरित्रबाट देवानी कानूनको दायरामा रहन सक्दैनन् । यिनीहरुलाई वाणिज्य कानूनको क्षेत्रमा नै राख्नै पर्ने हुन्छ । साझेदारीसम्बन्धी करार, वीमासम्बन्धी करार, लिज लगानीसम्बन्धी करार, बैंकले गर्ने कर्जा प्रवाहसम्बन्धी करार, सुरक्षित कारोबारसम्बन्धी करार, वस्तुको वहुविधिक ढुवानीसम्बन्धी करार, सामुद्रिक वा हवाई यातायातसम्बन्धी करार आदि विशेष प्रकृतिका करारलाई वाणिज्य कानूनको क्षेत्रमा राख्नु नै उचित हुन्छ ।

तसर्थ, करारलाई समग्र रुपमा देवानी वा वाणिज्य कानूनको क्षेत्रभित्र समावेश गर्नु भन्दा करारको चरित्र र प्रकृतिअनुसार यो देवानी र वाणिज्य कानून दुबैबाट नियमन हुने विषय मान्नु उपयुक्त हुन्छ ।

४. मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ मा रहेका करार कानूनका मान्यता : पृष्ठभूमि, आधार तथा परिणाम

देवानी संहिताको मस्यौदा तयार गरी पेश गर्न नेपाल सरकार (मन्त्रिपरिषद) ले २०६५ सालमा सर्वोच्च अदालतका तत्कालीन न्यायाधीशको संयोजकत्वमा गठित कार्यदल ("कार्यदल" भनिएको) ले सुम्पिएको कार्यदिशबमोजिम देवानी संहिताको मस्यौदा तयार गर्ने काम करार कानूनको दृष्टिकोणबाट निसन्देह चुनौतीपूर्ण थियो । चुनौती यस अर्थमा कि कार्यदलले सामान्य प्रकृतिको देवानी कानूनको व्यापक प्रयोजनको संहिता तयार गर्नुपर्ने हुनाले प्रस्तावित संहितामा सामान्य प्रकृतिका करारका मान्यता मात्र समावेश गर्नुपर्ने थियो । तर तत्काल कायम रहेको करार ऐन, २०५६ मा करार कानूनका सामान्य प्रकृति र विशेष प्रकृति दुवै किसिमका करारका मान्यता रहेका थिए । त्यो जटिल स्थितिलाई देवानी संहिताको मस्यौदामा समायोजन गर्नुपर्ने थियो ।

कार्यदलको समझदारी तथा कार्यविधि बमोजिम संयोजकले खटाएको कार्यदलको कुनै सदस्यले मस्यौदा तयार गरी पेश गर्ने र मस्यौदाको अध्ययन भई दफाबार छलफलपछि संशोधित तथा परिमार्जित मस्यौदा तयार गर्ने र स्वीकार गर्ने अभ्यास रहेको थियो । यही कार्यविधिबमोजिम नै देवानी संहिताका सबै परिच्छेदका सबै दफाहरुको मस्यौदा सर्वसम्मत ढंगबाट स्वीकार गरिएको थियो । तर करार कानूनका सम्बन्धमा सामान्य र विशेष प्रकृतिका कानूनी व्यवस्था सामान्य कानूनमा समायोजन गर्नुपर्ने जटिलता लामो समयसम्म कायम रहेको थियो । करार कानूनको मस्यौदा तयार गर्न कार्यदलले देहायका आधार लिएको थियो :

क) तत्काल प्रचलित करार ऐन, २०५६

ख) सम्वत् २०६३ सालमा कानून तथा न्याय मन्त्रालयबाट प्रकाशित देवानी संहिताको मस्यौदा,

ग) करार कानूनको विभिन्न विषयमा सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादन भएका कानूनी सिद्धान्त,

घ) प्रचलनमा आइसकेका भए तापनि हाम्रो मुलुकमा कानूनी व्यवस्था नभएका विषयमा अन्य मुलुकको संहिता तथा कानूनी व्यवस्था र अभ्यास ।

कानून तथा न्याय मन्त्रालयबाट प्रकाशित मस्यौदाको भाग—५ मा रहेका परिच्छेद मुलतः करार ऐन, २०५६ को पुनरावृत्ति थियो । तथापि, सो मस्यौदामा करार ऐन, २०५६ मा स्थानपाई नसकेका हायर पर्चेज करार, लिज करार, लिज लगानी करार र ज्याला मजदुरी करार थप रहेका थिए ।[122] स्मरणीय कुरा के छ भने सम्पत्तिसम्बन्धी भागमा रहेको "लेनदेन व्यवहार" को परिच्छेद र ज्याला मजदुरी सो मस्यौदाको करारको भागमा समावेश गरिएका थिए । कार्यदलको एक बैठकमा लिज लगानीसम्बन्धी करारलाई देवानी संहिताको मस्यौदा समावेश नगर्ने र भविष्यमा मस्यौदा हुन सक्ने वाणिज्य संहिता (Commerce Code) मा समावेश हुन वा छुट्टै विशेष ऐनको मस्यौदाको रुपमा कारबाही गर्न उचित हुने सिफारिस गर्ने निर्णय गरिएको थियो ।[123] साथै, करार ऐन, २०५६ मा रहेका विशेष प्रकृतिका करारका व्यवस्था र उल्लिखित मस्यौदामा रहेका हायर पर्चेज, लिज करार तथा ज्याला मजदुरी करार प्रस्तावित संहितामा समावेश गरी मस्यौदा तयार गरिएको थियो ।

करार कानूनको सन्दर्भमा अन्तिम मस्यौदा तयार गर्न कार्यदलले देहायको निर्णय गरेको थियोः

१) सिद्धान्ततः सामान्य कानूनको रुपमा नै करार कानूनको संहिताको मस्यौदा गर्ने,
२) करार ऐन, २०५६ मा रहेका विशेष प्रकृतिका करार व्यवस्था र कानून तथा न्याय मन्त्रालयबाट प्रकाशित केही करारका व्यवस्थालाई देवानी संहिताको मस्यौदामा सम्भव भएसम्म निरन्तरता दिने,
३) सामान्य कानूनको रुपमा प्रस्तावित करार कानूनका सामान्य सिद्धान्त र मान्यताहरु संहितामा रहेका विशेष प्रकृतिका करारसम्बन्धी व्यवस्था र प्रचलित कानूनबमोजिम सम्पन्न हुने अन्य करारमा लागू गर्ने ।

कार्यदलबाट सैद्धान्तिक रुपमा निर्णय भए तापनि मस्यौदाको दृष्टिकोणबाट उल्लिखित विषयलाई मस्यौदा गर्न र संहिताकरणका दृष्टिकोणबाट व्यवस्थापन गर्न सहज थिएन । जर्मन संहिताकरणको अभ्यासमा र त्यसको अवलम्बन गर्ने अन्य मुलुकमा यस्तो अवस्थामा एउटै संहितामा सामान्य कानूनी प्रावधान (सामान्य भाग) तथा विशेष कानूनका प्रावधान (Particular or Individual Parts) रहने अभ्यास (जर्मनी, रुसी महासंघ, स्वीस वा कम्बोडियाली देवानी संहिता) रहेको भए तापनि त्यो कुन हदसम्म अनुकरणीय छ विचारणीय हुन्थ्यो । फ्रान्सिसी संहिताकरणको अवलम्बन गर्ने मुलुकमा यस्तो अभ्यास देखिन्न । मुलुकी देवानी संहिताले प्रारम्भ नै एक सामान्य कानूनको रुपमा रहने गरी (दफा ३) परिभाषा गरेपछि सोही संहितामा "विशेष करारसम्बन्धी" छुट्टै भाग निर्माण गरी कम्तीमा हाम्रो सन्दर्भमा एउटै संहितामा सामान्य र विशेष कानूनी व्यवस्था हुन वान्छनीय हुन सक्दैनथ्यो । यस स्थितिमा देवानी संहितामा ("मुलुकी देवानी संहिता" भनिएको) उल्लिखित विशेष करार र भविष्यमा निर्माण हुन सक्ने अन्य विशष करारमा भाग—५ का परिच्छेद — २, ३, ४ र ५ लागू हुने गरी आवश्यक व्यवस्था दफा (५१४) मा गर्ने कार्यदलबाट मस्यौदा तयार गरी सिफारिस गरिएको थियो । यस व्यवस्थाअनुसार मुलुकी देवानी संहितामा रहेका विशेष करारका

[122] देवानी संहिता (मस्यौदा), कानून तथा न्याय मन्त्रालय, काठमाण्डौ, जेष्ठ, २०६३, पृ. १५७-२२६ ।

[123] देवानी संहिता तथा देवानी कार्यविधि संहिताको मस्यौदा तथा प्रतिवेदन, २०६७, कानून तथा न्याय मन्त्रालय, काठमाण्डौ, पृ. १५

परिच्छेदहरु तथा करारमा आधारित प्रचलित अन्य ऐन र भविष्यमा निर्माण हुने अन्य करार ऐनमा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक सामान्यतया लागू हुने र त्यस्ता परिच्छेदमा रहेका व्यवस्था त्यस्ता ऐनमा पुनरावृत्ति गर्न आवश्यक हुने छैन । यो व्यवस्थालाई मुलुकी देवानी संहिताको दफा ३ को व्यवस्थाको पूरक व्यवस्थाको रुपमा लिन सकिन्छ ।

५. छुट्टै विशेष ऐनको रुपमा रहेको करार कानूनलाई सामान्य कानूनको रुपमा रहेको देवानी संहितामा समावेश गर्नुपर्ने कारण र यसको औचित्यः

एउटा स्वभाविक र विचारोत्तेजक प्रश्न उठ्न सक्छ कि एकपटक छुट्टै ऐनको रुपमा करार ऐन, २०५६ निर्माण भई जारी भएपछि सामान्य कानूनको रुपमा व्यवस्था भएको मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ मा त्यसका व्यवस्थालाई समाहित गरी करार ऐन, २०५६ किन खारेज गरिएको हो र सो ऐन खारेज गर्नुको औचित्य के हो ?

यस प्रश्नको उत्तर दिनु सहज हुँदैन । यस प्रश्नको उत्तर खोजिनु अघि करार ऐन, २०५६ का व्यवस्था र मुलुकी देवानी संहिताका व्यवस्थाहरुको प्रकृति र चरित्रको विश्लेषण हुन आवश्यक छ । त्यस्ता व्यवस्थाको प्रकृति निर्धारण भएपछि करार कानूनका व्यवस्था मुलुकी देवानी संहितामा रहनु पर्ने औचित्य स्थापित हुन्छ ।

१) पहिलो र महत्वपूर्ण प्रश्न “करारका सामान्य व्यवस्थाहरु” सैद्धान्तिक रुपमा सामान्य कानूनका विषय हुन वा विशेष कानूनका सिद्धान्त हुन । यस अघि नै चर्चा भइसकेको छ कि, करार ऐन, २०२३ सामान्य कानून (Lex Generalis) को रुपमा तत्काल कायम रहेको मुलुकी ऐनको ३७ नम्बरलाई खारेज गरी छुट्टै व्यवस्था भएको ऐन थियो र एकथरी कानूनविद्‌को अनुसार मुलुकी ऐनको सन्दर्भमा त्यो ऐन विशेष ऐन (Lex Specialis) को रुपमा रहेको हुनाले करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ लाई प्रतिस्थापन गरी कार्यान्वयनमा आएको करार ऐन, २०५६ को प्रकृति सो सरह नै हुने भयो । त्यसो भए तापनि व्यवहारमा करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ होस् वा करार ऐन, २०५६, दुबै ऐन प्रकारान्तरले करार कानूनका सामान्य कानून (Lex Generalis) को रुपमा कार्यान्वयन हुँदै आएका थिए । किनकि, करारमा आधारित मान्यता भएका अन्य कानूनहरु बहाल नै रहेका थिए । उदाहरणका लागि कम्तीमा देहायका ऐनका सन्दर्भमा मुलुकी ऐनको लेनदेन व्यवहारको ३७ नम्बर ।।, करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ तथा करार ऐन, २०५६ का मान्यता तत्काल प्रचलित करार कानूनका सामान्य मान्यता रहेका मान्नुपर्ने हुन्छः

   १) नेपाल एजेन्सी ऐन, २०१४
   २) साझेदारी ऐन, २०२०
   ३) सार्वजनिक खरिद ऐन, २०६३
   ४) मालसामानको वहुविधिक ढुवानीसम्बन्धी ऐन, २०६३
   ५) सुरक्षित कारोवार ऐन, २०६३

६) कम्पनी ऐन, २०६३ (कम्पनीको नियमावली शेयरधनी तथा कम्पनी वा शेयरधनीहरुबीच आपसमा करार हुने सन्दर्भमा) (दफा ५(४),
७) बैंक तथा वित्तीय संस्थासम्बन्धी ऐन, २०७३ (कर्जा प्रवाह गर्ने तथा वित्तीय संस्था गाभ्ने र प्राप्ति गर्ने सन्दर्भमा) ।

उल्लिखित उदाहरणबाट तत्काल प्रचलित करार ऐन, २०५६ का देहायका व्यवस्थाहरु उपर्युक्त ऐनमा उल्लेख नहुँदा त्यस्ता ऐनका सन्दर्भमा सो ऐन सामान्य कानून मान्नुपर्ने हुन्छ :

१) परिच्छेद — २ : करार, करारका पक्ष तथा प्रस्ताव र स्वीकृति
२) परिच्छेद — ३ : बदर हुने र बदर गराउन सकिने करार
३) परिच्छेद — ११ : करारको परिपालना तथा करारबाट उत्पन्न दायित्व
४) परिच्छेद — १२ : करारको उल्लंघन र उपचार
५) परिच्छेद — १३ : मुद्दा गर्नुपर्ने हदम्याद

मुलुकी देवानी संहिताको मस्यौदा तयार गर्न गठित कार्यदलमा यस विषयमा गम्भीर छलफल भएको र छलफलबमोजिम करार कानूनका सामान्य रुपमा लागू हुने व्यवस्थाहरु विशेष कानून हुन नसक्ने ठहर गर्दै त्यस्ता व्यवस्था मुलुकी देवानी संहितामा नै समावेश गर्नुपर्ने निर्णय भएको थियो ।

२) तत्काल कायम रहेको मुलुकी ऐन, लेनदेन व्यवहारको ३७ नम्बर ।। खारेज गरी करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ लागू गर्दा यसलाई सामान्य कानूनको रुपमा वा विशेष कानूनको रुपमा लागू (विकास) गरिएको थियो ? मुलुकी ऐन, भाग—१ को ४ नं.।। बमोजिम यसलाई विशेष कानून मान्नुपर्ने तर्क गर्न सकिन्छ । सो ऐनलाई विशेष कानून मान्ने हो भने लेनदेन व्यवहारको ३७ नं. ।। किन खारेज गरियो त ? कुनै ऐनको कुनै व्यवस्था खारेज गरी सोको सट्टा अर्को व्यवस्था गर्दा खारेज भएको व्यवस्थाको प्रकृति जस्तो थियो अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक खारेज गर्ने ऐनको प्रकृति त्यस्तै रहेको मान्नुपर्ने हुन्छ । अर्को तर्फ "जिउ मास्ने बेच्ने (नियन्त्रण) ऐन, २०४३" लागू गर्दा मुलुकी ऐन, जिउ मास्ने बेच्नेको महल (भाग ४, महल ११) खारेज गरिएन । सो ऐनको प्रयोजनका लागि तत्काल प्रचलित जिउ मास्ने बेच्ने (नियन्त्रण) ऐन, २०४३[124] निसन्देहः विशेष ऐन थियो । करार ऐन, २०५६ मा नासो धरौटसम्बन्धी व्यवस्था गर्दा मुलुकी ऐनमा रहेको नासो धरौटको महल खारेज गरिएको थियो । एउटै ऐनका विभिन्न परिच्छेदको खारेजीमा किन यस्तो फरक व्यवस्था ? यो असावधानीको कारणले भएको त होइन होला ? स्वाभाविक रुपमा तर्क गर्न सकिन्छ, करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ र त्यसपछि बनेका करार ऐन, २०५६ कतै मुलुकी ऐन, लेनदेन व्यवहार ३७ नं.।। को व्यवस्थाको पूरक र विस्तृत व्यवस्था त होइन ? होइन भने मुलुकी ऐनका उल्लिखित व्यवस्था किन खारेज गरियो ? पूरक र विस्तृत व्यवस्था हो भने सामान्य कानून र विशेष कानूनको चर्चा सान्दर्भिक

[124] मानव वेचविखन तथा ओसारपसार ऐन, २०६४ बमोजिम खारेज गरिएको ।

रहन्न । करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ विशेष ऐनको रुपमा लागू भएको भए करारमा आधारित अन्य ऐनका व्यवस्थालाई नियमन गर्ने अर्को ऐन कुन हो त ?

वस्तुतः करारसम्बन्धी ऐन, २०२३ लाई करारसम्बन्धी सामान्य कानूनको रुपमा नै विकास गरिएको र लागू गरिएको थियो । यो विरासतलाई करार ऐन, २०५६ ले पनि निरन्तरता दिएको थियो । करार ऐन, २०५६ लाई करारसम्बन्धी सामान्य कानूनको रुपमा मान्ने हो भने व्यापक प्रयोजनका लागि व्यवस्था भएको मुलुकी देवानी संहितामा यसका करारसम्बन्धी सामान्य प्रावधानले स्थान पाउनु स्वाभाविक नै हुन्छ । किनकि, एउटै प्रकृति (देवानी) का दुई अलग—अलग विषयमा फरक—फरक सामान्य कानून निर्माण हुनु कानून सुधार र कानूनको एकीकरण (Consolidation) को दृष्टिकोणबाट उपयुक्त हुँदैन । तसर्थ, करार ऐन, २०५६ का परिच्छेद—२, ३, ११, १२ र १३ का केही प्रावधान खारेज गर्नु नै पर्ने थियो ।

३) देवानी कानूनका प्रमुख तत्व (विषय) को रुपमा रहेका पारिवारिक कानून, सम्पत्तिसम्बन्धी कानून तथा दायित्वसम्बन्धी कानूनका अधिकांश व्यवस्थाहरु कुनै न कुनै रुपमा करार कानूनमा आधारित रहेका हुन्छन् । यो अभ्यास विश्वव्यापी रुपमा नै देवानी विधिशास्त्रको प्रयोगमा रहेको छ । हाम्रै सन्दर्भमा सम्पत्तिसम्बन्धी कानून केही परिच्छेदहरु (परिच्छेद — ७ (फलोपभोग), परिच्छेद — ९ (घर बहाल), परिच्छेद — १० (दान बकस), परिच्छेद — ११ (सम्पत्ति हस्तान्तरण), परिच्छेद — १२ (अचल सम्पत्तिको बन्धकी) तथा परिच्छेद — १५ (लेनदेन व्यवहार)) करार कानूनका मान्यतामा आधारित छन् । कुनै एक संहितामा रहेका कानूनी प्रावधानहरु करार कानूनमा आधारित हुने, तर करार कानूनका सामान्य व्यवस्थाहरु त्यस्तो संहितामा परिभाषित नहुनु कानूनको एकीकरण र संहिताकरण (Consolidation and Codification) को दृष्टिकोणबाट उपयुक्त नहुदा छुट्टै ऐनको रुपमा निर्माण भइसकेको करार ऐन, २०५६ मा रहेका मान्यतालाई सामान्य करार कानूनको रुपमा मुलुकी देवानी संहितामा समावेश गर्न आवश्यक नै भएको थियो । यो कुनै बाध्यताको विषय नभएर स्वाभाविक र तर्कसम्म विषय हो । भन्न सकिन्छ, करार ऐन, २०५६ कायम राखेर नै मुलुकी देवानी संहिता विकास गरेको भए के बिग्रन्छ ? सम्भवतः कुनै हानि नोक्सानी हुँदैनथ्यो होला । तर, संहितामा ठाउँ—ठाउँमा उल्लेख भएको करारको सन्दर्भलाई कसरी सम्वोधन गर्ने ? मुलुकी देवानी संहिताको दफा ३ को प्रयोजनका लागि विशेष ऐन हुने करार ऐन, २०५६ का व्यवस्थालाई संहिताको सन्दर्भमा कसरी कार्यान्वयन गर्ने ? प्रश्न उठ्न सक्दछ ।

यो पनि सत्य हो कि मुलुकी देवानी संहितामा समावेश भएका करार कानूनसम्बन्धी सम्पूर्ण व्यवस्थाहरु (भाग—५ परिच्छेद—२ देखि परिच्छेद—१५ सम्म) सामान्य प्रकृतिका कानूनी व्यवस्था होइनन् र विशेष ऐनमा रहनु पर्ने विषयहरु हुन् । खासगरी संहिताको भाग—५ का परिच्छेद—६ (वस्तु विक्री), परिच्छेद — ७ (जमानत), - ८ (नासो), - ९ (धितो वा धरौट), - १० (एजेन्सी), - ११ (ढुवानी), - १२ (लिज), - १३ (हायर पर्चेज), - १४ (ज्याला मजदुरी) वा — १५ (अप्रत्यक्ष वा अर्ध करार) का सम्बन्धमा छुट्टाछुट्टै विशेष कानून (Lex Specialis) ऐन निर्माण हुन सक्दछन् । देवानी संहिताको अभ्यास नभएको मुलुक —

भारतको सन्दर्भमा भन्ने हो भने सामान्य करार कानूनको रुपमा लागू भएको भारतीय करार ऐन, १८७२ बाट साझेदारी (१९३० मा) र वस्तुको विक्रीसम्बन्धी करार (सन् १९३२मा) झिकी छुट्टै विशेष ऐन व्यवस्था भएका छन् । यसको ठिक विपरित कमन ल प्रणालीको अनुयायी मुलुक न्यूजिल्याण्डमा करार तथा वाणिज्य कानून ऐन, २०१७ बमोजिम छुट्टै केही ऐनको खारेज गरीएको छ ।[125] खारेज गरिएका ऐनमा वस्तुको ढुवानी, करारका उपचार, विद्युतीय कारोबार, गैरकानूनी करार, वस्तु विक्री, नाबालिग करारलगायत करिब एक दर्जन ऐन छन् ।

हाम्रो सन्दर्भमा पनि कम्तीमा पनि वस्तुको विक्री, हायर पर्चेज, ढुवानी जस्ता विषयलाई छुट्टै विशेष ऐनबाट नियमन गर्न नसकिने होइन । तथापि, संहिताको मस्यौदा तयार गर्दाका बखत तत्कालका लागि यी विषयहरु पनि समावेश गर्ने निर्णय भएको र भविष्यमा छुट्टै ऐन निर्माण गर्न आवश्यक भएमा नेपाल सरकारले आवश्यक कारबाही गर्न सक्ने नै हुन्छ । यो पनि सत्य हो कि तत्काल यी विषयहरु संहितामा समावेश नगरिएका भए त्यस सम्बन्धी छुट्टै कानूनी व्यवस्था हुन थप समय प्रतीक्षा गर्नुपर्ने हुन्थ्यो । यो विषय आफैमा जोखिमपूर्ण हुन्थ्यो । तसर्थ, कार्यदलले जोखिमपूर्ण मार्ग अवलम्बन नगरी सुरक्षित अन्य मार्ग अपनाउनु पर्ने हुन्थ्यो ।

६. मुलुकी देवानी संहितामा रहेका करारजन्य केही परिच्छेदको स्थानांकन (Placement) का सम्बन्धमा विशेषज्ञको टिप्पणी र कार्यदलको निर्णय

कार्यदलले प्रस्ताव गरेको देवानी संहिताको पहिलो प्रकाशनमा रहेका केही परिच्छेदहरुको स्थानांकनका सम्बन्धमा करार कानूनका राष्ट्रिय तथा अन्तर्राष्ट्रिय विज्ञहरुबाट परामर्शको क्रममा टिप्पणी र आलोचना भई सुधार गर्न सुझाव प्राप्त भएका थिए । यस्ता टिप्पणी र आलोचनामध्ये संहिताको भाग—४ (सम्पत्तिसम्बन्धी कानून) को परिच्छेद—९ (घर बहाल), परिच्छेद—१० (दानवकस), परिच्छेद— १२ (अचल सम्पत्तिको बन्धकी) तथा परिच्छेद—१५ (लेनदेन व्यवहार) सो भागबाट हटाई भाग—५ (करार तथा अन्य दायित्व) मा स्थानान्तरण र भाग—५ को परिच्छेद—१६ (अनुचित समृद्धि) लाई भाग—४ मा स्थानान्तरण गर्नुपर्ने सुझाव थिए । विज्ञहरुले निम्न लिखित दुई कारणको सन्दर्भ दिई उल्लिखित परिच्छेदका उपर्युक्त व्यवस्था स्थानान्तरण गर्न सुझाव दिएका थिए :

१) भाग—४ का परिच्छेद ९, १०, १२ र १५ का उल्लेख भएका व्यवस्थाहरु सम्पत्तिसँग सम्बन्धित भए पनि आधारभूत रुपमा करारमा आधारित व्यवस्था भएकाले त्यस्ता व्यवस्था सम्पत्तिसम्बन्धी कानूनबाट झिकी करारसम्बन्धी कानूनमा स्थानान्तरण गर्न उपयुक्त हुने,

२) देवानी कानूनको संहिताकरण गर्ने अन्य मुलुकहरु— फ्रान्स, जर्मनी, इटाली, जापान, क्युबेक प्रान्त (क्यानाडा), फिलिपिन्स वा कम्बोडियामा यस्ता व्यवस्थाहरु सम्पत्तिसम्बन्धी भागमा समावेश नभएर करार कानूनसम्बन्धी भागमा समावेश भएको हुनाले संहिताकरणसम्बन्धी विश्वव्यापी मान्यता नेपालले अवलम्बन गर्नुपर्ने,

[125] Contract and Commericial Law Act, 2017, Section 345.

३) भाग–५ को परिच्छेद–१६ मा रहेको अनुचित समृद्धिसम्बन्धी व्यवस्था करारसम्बन्धी विषय नभएर सम्पत्तिसम्बन्धी विषय भएकोले सोही बमोजिम सम्पत्तिसम्बन्धी कानूमा समावेश गर्नुपर्ने ।

राष्ट्रिय तथा अन्तर्राष्ट्रिय कानूनविद् तथा विज्ञबाट प्राप्त सुझाबबमोजिम करारजन्य उल्लिखित परिच्छेदहरुलाई संहिताको भाग–४ वा भाग–५ कुन भागमा राख्ने हो, सो विषयमा कार्यदलले सघन छलफल गरी मस्यौदामा जुन भागमा उपर्युक्त परिच्छेद राख्न प्रारम्भमा प्रस्ताव गरिएको थियो, सोही भागमा स्थानांकन गर्ने निर्णय गरेको थियो । भाग–४ मा रहेका करारजन्य उल्लिखित परिच्छेदहरुलाई सोही भागमा स्थानांकन गर्न देहायको आधार लिइएको थियो :

१) भाग–४ परिच्छेद–९ (घरबहाल), परिच्छेद–१० (दानवकस), परिच्छेद–१२ (अचल सम्पत्तिको बन्धकी) तथा परिच्छेद–१५ (लेनदेन व्यवहार) सम्बन्धी विषयलाई विशुद्ध करारजन्य कारोबारको रुपमा मात्र नभएर अचल वा चल सम्पत्तिको स्वामित्व, व्यवस्थापन तथा हस्तान्तरणको विषय पनि सन्निहित भएकोले सोही बमोजिम व्यवहार गर्नुपर्ने हुन्छ । निसन्देहः उल्लिखित परिच्छेदहरुमा करारका तत्व समावेश नरहेका होइनन् । तथापि, करारका तत्वहरु समावेश भएको कारणले मात्र भाग–५ मा स्थानान्तरण गर्ने हो भने पारिवारिक कानूनका केही परिच्छेद (धर्मपुत्र, अंशवण्डा) पनि स्थानान्तरण गर्नुपर्ने हुन्छ । यसका अतिरिक्त भाग–४ का अन्य परिच्छेद (उदाहरणका लागि परिच्छेद–७ (फलोपभोग) करारजन्य सम्बन्धमा आधारित विषय हो भने परिच्छेद – ८ (सुविधा भार) लगायत सम्पत्ति व्यवस्थापनसम्बन्धी अन्य परिच्छेदमा पनि कुनै न कुनै रुपमा करारका तत्व रहेका पाइन्छन् । अन्य मुलुकका देवानी संहितामा पनि फलोपभोग, सुविधा भार जस्ता विषयलाई करार कानूनको भाग (Book) मा राखेको पाइन्न । तसर्थ, करारका तत्व रहेकै कारणले सम्पत्ति व्यवस्थापनका सम्पूर्ण अवयवहरुलाई उपेक्षा गर्न सकिएन ।

२) अन्य मुलुकको देवानी संहितामा कुन विषय कुन भाग वा परिच्छेद स्थानांकन भएको छ, त्यो प्राज्ञिक अध्ययनयोग्य विषय हुन सक्छ । तर, हाम्रो अभ्यासमा घर बहाल, दानवकस, अचल सम्पत्तिको बन्धकी तथा लेनदेन व्यवहार परम्परागत रुपमा सम्पत्ति व्यवस्थापनको विषय रहेको र यो नेपाली कानून प्रणालीको ऐतिहासिक विराशत भएकोले यो विराशतलाई कार्यदलले उपेक्षा गर्न सकेन । वस्तुतः मुलुकी देवानी संहिता हाम्रो आफ्नै परिवेशमा र नेपाली भूमिमा कार्यान्वयन हुन सक्ने गरी हाम्रो लागि मस्यौदामा हुन आवश्यक हुनाले सोही बमोजिम मस्यौदा सिफारिस गरिएको थियो ।

३) जहाँसम्म अनुचित समृद्धिसम्बन्धी विषयलाई भाग–४ मा स्थानान्तरण गर्ने भन्ने विषय छ, सिद्धान्ततः यो विषय सम्पत्तिको व्यवस्थापन र संचालन नभएर अप्रत्यक्ष वा अर्धकरार जस्तै कानूनबमोजिम एकतर्फी दायित्वमा आधारित विषय भएकोले दायित्वको भागमा नै राख्ने गरी कार्यदलबाट निर्णय भएको हो ।

७. करार ऐन, २०५६ तथा मुलुकी देवानी संहितामा रहेका करारसम्बन्धी अवधारणा र कानूनी प्रावधानबीच रहेका समानता र भिन्नता

यसअघि नै चर्चा गरिसकिएको छ कि, मुलुकी देवानी संहिताको भाग–५ मा रहेका करारसम्बन्धी व्यवस्था मूलतः करार ऐन, २०५६ मा रहेका मान्यताहरुमा नै आधारित छन् । करार ऐन, २०५६ तत्कालको आवश्यकता पूरा गर्न करारसम्बन्धी एक सामान्य कानून (Lex Generalis) को रुपमा कार्यान्वयनमा रहेको थियो । सो ऐनमा रहेका कुल १३ परिच्छेदमा रहेको ९० दफामध्ये परिच्छेद १, २, ३ (दफा २ देखि १४) तथा परिच्छेद १०, ११, १२ र १३ का (दफा ७१ देखि ८९) सम्मका प्रावधानहरु समान्य प्रकृतिका थिए भने बाँकी खास खास करारका सम्बन्धमा लागू हुने कानूनी व्यवस्था थिए । मुलुकी देवानी संहितामा उल्लिखित व्यवस्थाहरुलाई आवश्यक परिमार्जन र सुधारसहित स्थान दिइएको छ । देवानी संहितामा करार सम्बन्धमा भाग – ५ को परिच्छेद – २ देखि परिच्छेद – १५ सम्म कुल १४ परिच्छेद र दफा ५०४ देखि दफा ६६३ सम्म कुल १५९ दफा करार कानूनसँग सम्बन्धित छन् । विभिन्न १५ परिच्छेदका हदम्यादसम्बन्धी १५ दफा घटाउने हो भने कुल १४४ दफा करारसम्बन्धी सारवान दफाहरु छन् ।

करार ऐन, २०५६ मा नरहेको तीन परिच्छेद (लिज करार, हायर पर्चेज करार र ज्याला मजदुरी) संहितामा समावेश भएका छन् । करार ऐन, २०५६ अन्तर्गत रहेका परिच्छेद शीर्षक तथा दफा शीर्षकहरुलाई संहितामा आवश्यक परिमार्जन गरिएका छन् । यसका अतिरिक्त करार ऐन, २०५६ मा रहेका प्रावधानलाई आधुनिक करार कानूनका सिद्धान्त र मान्यता अनुरुप संरचनागत र विषयवस्तु दुबैमा गुणात्मक रुपमा सुधार गरी परिमार्जित रुपमा प्रस्तुत गरिएका छन् ।

सामान्य कानूनको संहिताकरण भनेको कानूनको एकीकरण (Consolidation) मात्र नभएर कानूनको सुधार, गुणात्मक विकास र परिमार्जन पनि हो । प्रचलित कानूनका व्यवस्थालाई एकीकरण गरी एउटा ऐनमा समावेश गरेर मात्र संहिताकरणको औचित्य पुष्टि हुन सक्दैन । एकीकरणको सँगसँगै उन्नत रुपमा परिमार्जन र सुधार गर्न र पूर्णता दिन सकिएमा मात्र संहिताकरणको औचित्य स्थापित हुन्छ । यस अर्थमा करार ऐन, २०५६ का प्रावधानलाई परिमार्जन र सुधार गरी सम्भव भएसम्म व्यापक बनाउनु नै मुलुकी देवानी संहिताको एक उद्देश्य रहेको कुरा अतिशयोक्ति नहोला । मुलुकमा विभिन्न भागमा भएका परामर्श बैठकका अतिरिक्त करार कानूनका राष्ट्रिय तथा अन्तर्राष्ट्रिय विज्ञसँग मुलुकी देवानी संहिताको भाग– ५ का सम्बन्धमा समय समयमा परामर्श भएको र मुलुकमा प्रचलनमा रहेका प्रावधानलाई परिमार्जन वा सुधार गरिएका वा थपिएका मुलुकी देवानी संहिताका केही प्रावधानलाई उदाहरण स्वरुप देहायबमोजिम प्रस्तुत गरिएको छ :

१) कानूनबमोजिम कार्यान्वयन हुने करार (दफा ५०५) : कस्तो करार कानूनबमोजिम कार्यान्वयन गर्न सकिने भन्ने विषय करार ऐन, २०५६ मा स्पष्ट रुपमा उल्लेख नहुँदा यो विषय बदर हुने वा बदर गराउन सकिने करारका मान्यताबमोजिम अप्रत्यक्ष रुपमा वा डक्ट्रिनमा आधारित भएर निरुपण गर्नुपर्ने हुन्थ्यो । प्रत्येक कानून प्रणालीले करारका आवश्यक शर्त निर्धारण गरेको हुन्छ । संहिताको दफा ५०५ बमोजिम करार गर्न सक्षम व्यक्तिले आफूहरुबीच कानूनसम्मत र निश्चित दायित्व सिर्जना गर्ने

गरी सहमति गरी करार गरेमा त्यस्तो करार कानूनबमोजिम कार्यान्वयन हुन सक्ने व्यवस्था भएको छ । यस व्यवस्थाले करार गर्न अत्यावश्यक तत्व पनि परिभाषा गरेको मान्नुपर्ने हुन्छ ।

२) करारको व्याख्या (दफा ५१५) : जुनसुकै कानून प्रणालीमा करारको व्याख्या अन्य कानून व्याख्याभन्दा फरक मान्यता र सिद्धान्तबाट गर्नुपर्ने स्वीकार गरिएको छ । करार व्याख्याको सम्बन्धमा इटालीमा रहेको निजी कानूनको एकीकरणसम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय संस्था (International Institute for Unification of Private Law (UNIDROIT) ले सन् २००४ मा अन्तर्राष्ट्रिय व्यापारिक करारका लागि युनिद्रोआ सिद्धान्तहरु (UNIDROT Principles of International Commercial Contract, 2004) विकास गरेको छ । उल्लिखित सिद्धान्तहरुको धारा ४ (४.१—४.८) बमोजिम करारको व्याख्या गर्दा खास खास नियमको पालना गर्नुपर्ने व्यवस्था गरिएको छ । अन्तर्राष्ट्रिय स्तरमा करारको कार्यान्वयन गर्दा वा गराउँदा उल्लिखित सिद्धान्तको अवलम्बन भएको देखिन्छ । केही देवानी संहिता वा करार कानूनले[126] करार व्याख्यासम्बन्धी मान्यताको अवलम्बन गरेको पाइन्छ । अदालतले करारको व्याख्या गर्दा वा मध्यस्थताबाट करार कार्यान्वयन गर्दा वा गराउँदा यो दफाले उल्लेख गरेका मान्यता मार्गदर्शक हुन सक्दछन् । यो व्यवस्था करार ऐन, २०५६ मा रहेको थिएन ।

३) पक्षहरुको स्वायत्तता (दफा ५०७) : करार कानूनको चर्चा गर्दा करारको स्वतन्त्रता (Freedom of Contract) वा पक्षहरुको स्वायत्तताको पनि संक्षिप्त रुपमा चर्चा हुन वाञ्छनीय देखिन्छ । करारको स्वतन्त्रता निजी कानूनको एक आधारभूत मान्यता हो र यसले आर्थिक स्रोतको स्वामित्व प्राप्त गर्ने, व्यवस्थापन गर्ने र परिचालन गर्ने अवसर दिने हुनाले बजार अर्थतन्त्रको पहुँच सुनिश्चित गर्दछ । करार गर्ने स्वतन्त्रता भनेको सरकारको हस्तक्षेप वा नियन्त्रण विना व्यक्तिहरुले आफै करार गरी दायित्व सिर्जना गर्ने र परिपालन गर्ने स्वतन्त्रता हो । प्रारम्भमा नै चर्चा भइसकेको छ, स्वतन्त्र बजार अर्थतन्त्रको अवधारणाअनुसार यो मान्यता विकास भएको हो । कमन लका अनुयायी मुलुकमा करारको स्वतन्त्रताको मान्यता एक महत्वपूर्ण डक्ट्रिनको रुपमा लिइन्छ । तथापि, लोक कल्याणकारी राज्यको अवधारणाले यसलाई राज्यले नियन्त्रण र निषेध गर्न सक्ने हुँदा यसले करारको सम्बन्ध नियमन गर्न, शर्त निर्धारण गर्न, राज्यलाई अधिकार दिएको मानिन्छ ।

कन्टिनेन्टल युरोपमा करारको स्वतन्त्रताको समकक्षी मान्यताको रुपमा "पक्षहरुको स्वायत्तता (Autonomy of Parties)" लाई लिइन्छ । यस अनुसार कानूनबमोजिम निर्धारित मापदण्ड र संरचनाको अधीनमा रही करारका सम्पूर्ण शर्तहरु आफै निर्धारण गर्न करारका पक्षहरु स्वायत्त रहन्छन् । करार कानूनका सन्दर्भमा यदाकदा निजी स्वायत्तता (Private Autonomy) पनि चर्चा हुने गर्दछ ।

भनिन्छ, पक्षहरुको स्वायत्तताको मान्यताले व्यक्तिको वैयक्तिक अधिकारलाई जोड दिन्छ भने निजी स्वायत्तताले सरकारी नियन्त्रणलाई वा सार्वजनिक कानूनको नियन्त्रणलाई इन्कार गर्दछ । करार गर्न व्यक्ति पूर्ण रुपमा स्वतन्त्र नरहने र राज्यले हस्तक्षेप गर्न सक्ने मान्यता स्वीकार गर्ने हो भने

[126] उदाहरणका लागि Civil Code of Italy, Title II, Chapter IV-1362-1371

"करारको स्वतन्त्रता" र "पक्षहरुको स्वायत्तमा" खास फरक देखिन्न । व्यवहारमा भन्ने हो भने निजी स्वायत्तता पक्षहरुको स्वायत्तता सरह हो र पक्षहरुको स्वायत्तताले निजी स्वायत्तता र करारको स्वतन्त्रता दुबैलाई समेट्न सक्दछ । विभिन्न मुलुकको अभ्यासमा करारको स्वतन्त्रता वा पक्षहरुको स्वायत्ततामध्ये कुनै एकको अभ्यास हुँदै आए तापनि यूरोपेली साझा संरचनाको सन्दर्भको मस्यौदा (DCFR) मा पक्षहरुको स्वायत्तताको सन्दर्भ उल्लेख गरिएको छ ।[127]

जहाँसम्म हाम्रो सन्दर्भ छ, करार ऐन, २०५६ को दफा ४ बमोजिम पक्षहरुको स्वायत्तताको व्यवस्था भएकोमा मुलुकी देवानी संहिताको दफा ५०७ बमोजिम सोही व्यवस्थालाई अवलम्बन गरी पक्षहरुको स्वायत्ततालाई नै स्थान दिइएको छ । तर, करार ऐन, २०५६ मा रहेको प्रतिफलको सन्दर्भमा यस दफामा उल्लेखन गरिएको छैन ।

४) प्रतिफल **<u>(Consideration):</u>** करार गर्ने प्रत्येक पक्षले एक अर्कालाई प्रतिज्ञा गरेका हुन्छन् । यस्तो प्रतिज्ञाबाट प्रत्येक पक्षले कुनै न कुनै लाभ पाएको हुन्छ । यसरी प्राप्त गर्ने लाभलाई प्रतिफल भनिन्छ । अर्को शब्दमा भन्ने हो भने प्रतिज्ञा गर्ने कुनै एक पक्षलाई प्रतिज्ञा गर्ने अर्को पक्षले प्रदान गर्ने मूल्य हो ।

करार कानूनका मान्यता विकास हुने क्रममा कमन ल प्रणालीमा प्रतिफललाई कार्यान्वयन गर्न सकिने र बाध्यात्मक हुने करारको पूर्व शर्तको रुपमा विकास गरेको छ । यस प्रणालीको मान्यताबमोजिम प्रतिफल नभएको करारलाई नाँगो करार (Nadum Pactum) (Naked Contract) मानिन्छ र बदर हुन्छ । करार कानूनको विकासक्रममा प्रतिफललाई करारबाट प्राप्त हुने अधिकार, हित, मुनाफा लाभ वा अर्को पक्षलाई हुने हानि, नोक्सानी, क्षति वा दायित्व बहन गर्ने जिम्मेवारीको रुपमा परिभाषा गर्रिदै आएको छ ।[128]

रोमन कानूनमा आधारित (कन्टिनेन्टल प्रणाली र स्कटल्याण्ड) कानून प्रणालीमा प्रतिफललाई करारको पूर्व शर्तको रुपमा लिइन्न । यस प्रणाली अन्तर्गत कसैले अर्को पक्षलाई गरेको प्रतिज्ञा वा कसैले कुनै काम गर्ने गरेको इच्छाबाट नै अर्को पक्षका लागि कानूनी अधिकार सिर्जना हुन्छ । तर त्यस्तो अवस्थालाई कमन ल प्रणालीमा करार सम्पन्न गर्दाका त्रुटि (Culpa in Contrahendo) (Fault in Conclusion of a Contract) को अवस्था मानिन्छ र करार कार्यान्वयन गरिन्न ।

जहाँसम्म नेपालको अभ्यासको प्रश्न छ, नेपालको करार कानूनमा प्रतिफललाई करारको पूर्वशर्तको रुपमा लिइएको पाइन्न र अदालतले पनि प्रतिफल विनाको करार अमान्य गरेको पाइन्न । तत्काल प्रचलित मुलुकी ऐन, घर बनाउनेको महलको ८ नं. बमोजिम "घर पसलका धनीले बहाल लिने गरी

---

[127] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, op. cit. P. 183.

[128] Curie V. Misa (1875), Daniel Albuquerque, Legal Aspects of Business, Oxford University Press, 2013, P. 67.

वा नलिने गरी आफ्नो घर पसलमा अरुलाई बस्न दिँदा म्याद किटी लिखत गरी गराई बस्न दिएकोमा लिखतै बमोजिम हुन्छ ।" भनी प्रतिफल विनाको करार कार्यान्वयन हुन सक्ने व्यवस्था भएको थियो । त्यसो त कमन ल प्रणाली अपनाउने मुलुकमा पनि कैयौं करारमा प्रतिफल पूर्व शर्तको रुपमा रहन्न । प्रेम तथा स्नेहको कारणले भएको करार, स्वेच्छाले गरेको सेवाबापतको करार, दान, उपहारको करार, एजेन्सी करार आदिमा प्रतिफल नभए पनि करार कार्यान्वयन गर्न सकिने हुन्छ ।

करार ऐन, २०५६ बमोजिम विभिन्न सन्दर्भमा प्रतिफलको उल्लेखन भए तापनि करार हुन प्रतिफल पूर्व शर्तको रुपमा स्वीकारिएको थिएन । मुलुकी देवानी संहिता मस्यौदा गर्दाका बखत प्रतिफलको विषयमा पनि छलफल भएको र करार कानूनका विज्ञबाट फरक—फरक सुझाव प्राप्त भए पनि जुन रुपमा करार ऐन, २०५६ मा प्रतिफललाई व्यवहार गरिएको थियो सोही रुपमा कायम गर्ने कार्यदलबाट निर्णय भएको थियो । प्रतिफल विनाको करार नेपाली कानून प्रणालीमा मान्य करार रहेको हुनाले मुलुकी देवानी संहिताका केही परिच्छेदहरुमा प्रतिफल विनाका करारमा आधारित व्यवस्था गरिएका छन् ।[129] नेपालको अभ्यासमा विगतमा कहिल्यै विवाद नरहेकोले यो विषयलाई करारको पूर्वशर्तको रुपमा नरहने गरी व्यवस्था गरिएको हुनाले यो विषयलाई देवानी संहितामा विगतको अभ्यासभन्दा छुट्टै फरक व्यवस्था गरिएको छैन । त्यसो हुनाले करार ऐन, २०५६ मा भए जस्तो प्रतिफलको परिभाषा गर्न वा यसको ठाउँ ठाउँमा उल्लेखन गर्न आवश्यक भएन ।

५) करारको बैधता र नयाँ बर्गीकरण : बदर हुने र बदर गराउन सकिने गरी गरिने करारको बर्गीकरण नेपाली विधिशास्त्रमा स्थापित मान्यता हो । तथापि, कमन ल प्रणाली अवलम्बन गर्ने मुलुकमा रहेको तेस्रो (समूह) करार — "कार्यान्वयन नहुने करार" (अदालतबाट कार्यान्वयन नहुने) हाम्रो विधिशास्त्रमा डक्ट्रिनमा मात्र सीमित रहेको थियो । व्यवहारमा कार्यान्वयन नहुने करारको सन्दर्भ उल्लेख भए तापनि त्यसको कानूनी रुपमा परिभाषा नभएको र के कस्ता करार अदालतबाट कार्यान्वयन हुन नसक्ने स्पष्ट कानूनी व्यवस्था नहुँदा सो विषय अस्पष्ट नै रहेकोमा दफा ५१९ मा रहेको "कार्यान्वयन नहुने करार" बाट त्यसको अभाव पूरा हुन मद्दत हुने स्पष्ट छ । यसका अतिरिक्त बदर हुने करारका समूहमा करारका पक्षहरुले करारको अत्यावश्यक तथ्यमा गरेको भुलबाट भएको करार पनि समावेश गरिएको छ । (दफा ५१७ (२) खण्ड (७)

६) करारको बाध्यात्मक तागत (शक्ति) **(Binding Force of a Contract)** : करार ऐन, २०५६ मा स्पष्ट रुपमा उल्लेख नभए तापनि देवानी संहितामा करार सम्पन्न भएपछि पक्षहरुबीच बाध्यात्मक कानूनी सम्बन्ध कायम हुने स्पष्ट रुपमा व्यवस्था भई करारको बाध्यात्मक शक्ति उल्लेख गरिएको छ ।[130] यो नेपाली कानून प्रणालीको लागि नितान्त नयाँ व्यवस्था होइन । तर, ऐनमा नै उल्लेख भएको एक नयाँ व्यवस्था हो ।

---

[129] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, भाग ४, परिच्छेद-७ (फलोपभोग), परिच्छेद-८ (सुविधा भार)।

[130] दफा ५०४ को उपदफा (३)।

करारको बाध्यात्मक तागत भनेको पक्षहरुबीच भएको करार कानूनबमोजिम कार्यान्वयन हुनु हो । कस्तो करार कानूनबमोजिम कार्यान्वयन हुने भन्ने विषय सम्बन्धित मुलुकको कानूनबमोजिम निर्धारण हुने विषय हो । स्मरणीय कुरा के हो भने जुन करार अदालतबाट कार्यान्वयन हुन सक्दैन त्यस्तो करारलाई कानूनबमोजिम कार्यान्वयन गर्न नसकिने करार मानिन्छ । तथापि, पक्षहरुले त्यस्तो करार आफूखुसी कार्यान्वयन गर्न सक्दछन् । फिलिपिन्सको देवानी संहिताबमोजिम कुनै पनि करारले करार गर्ने दुबै पक्षलाई करार परिपालन गर्न बाध्य गर्नुपर्दछ र यसको वैधता वा परिपालना पक्षहरुमध्ये कुनै एक पक्षको इच्छामा छोड्न सकिदैन । (The conract must bind both contracting parties, its validity or compliance cannot be left to the will of one of them)"[131] भन्ने व्यवस्था रहेको देखिन्छ ।

कुनै पनि करारले बाध्यात्मक प्रकृतिको तागत प्राप्त गर्नका लागि त्यस्तो करारले अत्यावश्यक तत्वहरु पूरा गरेको हुनुपर्छ । यस्ता तत्वहरु करारको प्रकृतिअनुसार निर्धारण भएको हुन्छ । कमन ल प्रणालीको अभ्यासमा सामान्यतया कुनै करारमा आपसी सहमति (Mutual Assest), प्रस्ताव तथा स्वीकृति (Offer and Accept), प्रतिफल (Consideration) र पक्षहरुको करार गर्ने सक्षमता (Capacity) पूरा भएमा त्यस्तो करारले कानूनबमोजिम कार्यान्वयन हुन सक्ने र त्यसले बाध्यात्मक तागत प्राप्त गरेको मानिन्छ ।

तर कानूनबमोजिम पूरा गर्नुपर्ने अत्यावश्यक तत्व पूरा गर्दैमा जुनसुकै करारले बाध्यात्मक शक्ति प्राप्त गर्न सक्दैन । त्यस्तो करार प्रचलित कानून प्रतिकूल हुन नहुने वा बदर हुने (Void) करार वा करार गर्दाको परिस्थितिमा आधारभूत परिवर्तन भई करारको परिपालना सम्भव नभएमा करारले बाध्यात्मक प्रकृतिको शक्ति गुमाउने हुन्छ ।

देवानी संहिताको दफा ५०५ बमोजिम देहायको शर्त पूरा गरी भएको करार कानूनबमोजिम कार्यान्वयन हुन सक्ने करार हुने र त्यस्तो करार पक्षहरुलाई बाध्यात्मक हुने व्यवस्था भएको छः
क) करारका पक्षहरुले आफूलाई बाध्यात्मक (बन्धनकारी) हुने गरी व्यक्त भएको सहमति,
ख) सक्षम पक्षहरु (करार गर्ने सक्षमता),
ग) दायित्व सिर्जना गर्ने निश्चित विषय (स्पष्ट र निश्चित गरिएको दायित्व),
घ) कानूनसम्मत दायित्व (बदर हुने दायित्व नभएको वा देवानी संहिताको दफा ५१७ को प्रतिकूल नभएको दायित्व) ।

करारको बाध्यात्मक चरित्र आधुनिक करार कानूनको एक स्थापित मान्यता हो । युनिद्रोआले विकास गरेको अन्तर्राष्ट्रिय व्यापारिक करारका लागि युनिद्रोआ सिद्धान्तहरु (UNIDROT Principles of International Commercial Contracts, 2004) को धारा १.३ बमोजिम "कानूनसम्मत ढँगबाट (Validly) सम्पन्न भएको करार पक्षहरुलाई बाध्यात्मक हुनेछ, यस्तो करारलाई त्यसका शर्तबमोजिम वा

[131] Civil Code of Philippines op.cit. sec. 1308

सम्झौताबमोजिम वा यी सिद्धान्तहरुमा अन्यथा व्यवस्था भएबमोजिम परिवर्तन वा अन्त्य गर्न सकिने छ ।" भन्ने व्यवस्था गरी करारको बाध्यात्मक चरित्र हुने व्यवस्था गरिएको पाइन्छ ।

युरोपेली देवानी संहितासम्बन्धी अध्ययन समूहले तयार गरेको DCFR बमोजिम वैध करार पक्षहरुलाई बाध्यात्मक हुने (A valid contract is binding on parties) र एकपक्षीय वैध प्रतिज्ञा त्यस्तो प्रतिज्ञा गर्ने व्यक्तिलाई बाध्यात्मक हुने (A valid unilateral undertaking is binging on the person giving it).[132] व्यवस्था गरी करारको बाध्यात्मक तागतको व्यवस्था गरेको छ । तसर्थ, करार गर्न वा नगर्न पक्षहरु स्वायत्त रहने र करार गरेपछि पक्षहरुले पालना गर्नैपर्ने बाध्यता आधुनिक करार कानूनको एक विशिष्ट सिद्धान्त रहेको कायम भएको छ ।

७) करार बदर भएकोमा त्यसको परिणाम : बदर गराउन सकिने करार बदर भएको कारणबाट उत्पन्न हुने परिणाम कानून व्याख्याको परिणामबाट नियमन हुन सक्ने भए तापनि करार बदर भएको कारणबाट त्यसको जानकारी नपाउने (Innocent) तेस्रो पक्षको कानूनसम्मत हक वा हितमा प्रतिकूल असर नपर्ने व्यवस्था संहितामा भएको छ । (दफा ५१८ (६)

८) समय करारको सारतत्व र करार परिपालनामा विलम्ब : कुनै खास दिन, समय वा अवधिभित्र परिपालन हुनुपर्ने गरी करार भएकोमा त्यस्तो दिन, समय वा अवधिभित्रै करार परिपालन नभई करारको उद्देश्य पूरा नहुने भएमा समय करारको सारतत्व (Essence) हुने व्यवस्था कमन ल प्रणालीको एक स्थापित मान्यता हो र भारतीय करार ऐन, १८७२ मा पनि यस्तो व्यवस्था भएको पाइन्छ । उदाहरणका लागि तिहारको भाइटीकाको प्रयोजनको लागि आपूर्ति गर्नुपर्ने फूलको माला भाइटीकापछि आपूर्ति भएमा प्रयोजनहीन हुने हुन्छ । त्यसबेला विलम्वबापतको क्षतिपूर्ति भुक्तानी गर्दा पनि उद्देश्य हासिल हुन नसक्ने हुँदा त्यस्तो करार रद्द हुनुपर्दछ । यो विषय दफा ५२६ मा संहिताकरण गरिएको छ ।

कुनै खास समय वा अवधिमा परिपालन गर्नुपर्ने गरी भएको करार त्यस्तो अवधि वा समयभित्र परिपालन हुन नसकी त्यस्तो समय वा अवधिपछि पनि परिपालना हुँदा करारको उद्देश्य र प्रयोजन पूरा हुन सक्ने रहेछ भने परिपालन गर्न नसक्ने पक्षले समयमा परिपालना नगरेबापत क्षतिपूर्ति भुक्तानी गरी करार परिपालना गर्न सक्दछ र त्यस्तो स्थितिलाई करार परिपालना विलम्व भएको मानिन्छ । "विलम्व" बापत क्षतिपूर्ति भुक्तानी गर्ने व्यवस्था अन्तर्राष्ट्रिय करार व्यवस्थामा स्थापित मान्यता हो । यो विषयलाई सम्वोधन गर्न दफा ५२५ मा आवश्यक व्यवस्था गरिएको छ ।

९) करारका शर्तहरु पुनरावलोकन गर्न वार्ता गर्ने : करार गर्दाको परिस्थितिमा आधारभूत परिवर्तन (Fundamental Change in Circumstances) भई करारको परिपालना असम्भव भएमा करारको परिपालना हुन आवश्यक हुँदैन । आ—आफ्नो कानून प्रणालीअनुसार विभिन्न नामाकरण दिई यस्तो स्थितिलाई न्यायोचित नै ठहराइन्छ । त्यसको विपरित करार गर्दाका बखत परिकल्पना नगरिएका

---

[132] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, op. cit. Book II, chapter -1, P. 183.

केही यस्ता अवस्था पनि उत्पन्न हुन सक्दछन्, जसलाई परिस्थितिको आधारभूत परिवर्तन मानिन्न । त्यस्तो अवस्थामा करारका पक्षहरुले करार परिपालना गर्नबाट छूट पाउन सक्दैनन् । यी दुवै अवस्था करार ऐन, २०५६ को दफा ७९ को उपदफा (१) र (२) बमोजिम सम्वोधन भएका थिए । तर परिस्थितिको आधारभूत परिवर्तन सरह हुने अन्य अवस्थामा करारको परिपालना माग गर्नु न्यायोचित हुन नसक्ने हुँदा कुनै करारमा दुबै अवस्थालाई परिस्थितिको आधारभूत परिवर्तनको रुपमा परिभाषा गर्ने अभ्यास पनि विकास भएको देखिन्छ । यी दुई अभ्यासलाई फरक गरी पछिल्लो अवस्था उत्पन्न भएमा करारका शर्तहरु पुनरावलोकन वा हेरफेर गर्न पक्षहरुले वार्ता गर्न सक्ने एक लचिलो व्यवस्था मुलुकी देवानी संहिताको दफा ५३१ को उपदफा (३) मा थप गरिएको छ । यो व्यवस्था अन्तर्राष्ट्रिय करार कानूनको स्थापित मान्यता अनुरुप नै छ ।

१०) असल नियत **(Good Faith)** ले करारको पालनाः करारका पक्षहरुले इमान्दारीपूर्वक र असल नियतले आ—आफ्नो दायित्व पूरा गर्दछन् र अर्को पक्षको हकरहित प्रतिकूल हुने गरी कुनै पनि काम वा आचरण गर्दैनन् भन्ने कुरा करार कानूनमा सदैव अनुमान गरिएको हुन्छ । असल नियतले करारको पालना गर्ने विषय कुनै पनि करारको एक अन्तरनिहित शर्त (Implied Term) हो ।

"असल नियतले करारको पालना गर्ने व्यवस्था (Good Faith Clause) भन्नाले" करारका प्रत्येक पक्षले एक—अर्काप्रतिको दायित्व इमान्दारीपूर्वक पालना गर्नु हो भन्ने बुझिन्छ । यसको अर्थ हो, करारका पक्षहरुले करारका शर्तहरु मात्र पूरा नगरी करार पूरा गर्न नहुने आचरण र काम नगर्नु पनि हो ।

ऐतिहासिक रुपमा "असल नियतले करारको दायित्व पूरा गर्ने सिद्धान्त (Doctrine)" कन्टिनेन्टल यूरोपमा विकास भई कानूनमा स्थान पाएको मानिन्छ । कमन ल प्रणालीको अनुयायी मुलुक ब्रिटेनमा यस सिद्धान्तको प्रयोग अपेक्षाकृत धेरै पछि भएको मानिन्छ । तथापि, केही खास प्रकृतिका विशेष करार (उदाहरणका लागि वीमा करार, रोजगारी करार, निर्माण करार) मा "अधिकतम असल नियतले (Utmost Good Faith)"ले करारको पालना गर्ने मान्यता ब्रिटेनमा पनि प्रयोगमा रहेको ठानिन्छ ।

कमन ल प्रणालीको अनुयायी मुलुक अष्ट्रेलिया र स.रा. अमेरिकाका अदालतहरुले "असल नियतको प्रावधान" लाई मान्यता दिएका र कानूनी व्यवस्था ब्रिटेनभन्दा धेरै पहिला भएको थियो । अमेरिकी कानून प्रणालीमा करारमा असल नियत र स्वच्छ कारोबारको करारको अन्तरनिहित शर्तको अवधारणाले "उन्नाइसौं शताब्दी" देखि नै स्थान पाएको र त्यहाँका अदालतले प्रयोग गरेको मानिन्छ ।[133] Uniform Commercial Code (1951) मा यो व्यवस्थाले स्थान पाएको देखिन्छ ।[134]

यूरोपेली समुदायभित्रका मुलुकमा असल नियतको प्रावधानलाई करार कानूनको सामान्य सिद्धान्त मानिन्छ । यूरोपेली समुदायमा प्रवेश गरेपछि ब्रिटेनको कानून प्रणालीमा परोक्ष रुपमा यसको

---

133 Kirke La Shelle Company Vs. The Paul Armstrong co. et. al (1933) (en. m. Wikipedia. Org)

134 Sec. 1-304

प्रभावकारी यस मान्यताले स्थान पाएको थियो । भनिन्छ, Yam Seng Pte. Ltd. (Yanm Seng) Vs. International Trade Corporation (ITC) (2013) बीचको विवाद समाधान गर्ने क्रममा भएको एक फैसलामा अदालतले यस डक्ट्रिनको व्याख्या गरी "असल नियतको प्रावधान" लाई करार कानूनको मान्यताको रुपमा स्थापना गरेको थियो । सिंगापुरमा स्थापना भएको कम्पनी Yam Seng र ITC बीच सन् २००९ मा सम्पन्न एक करारबमोजिम ITC ले Yam Seng लाई "Manchester United" ब्राण्डका आफ्नो उत्पादन मध्यपूर्व, एसिया र अफ्रिका र अष्ट्रेलियाका निर्धारित क्षेत्रमा वितरण गर्न एकलौटी अधिकार (Exclusive Right) दिएको थियो । सो करार इंगल्याण्डको कानूनबमोजिम नियमन भएको थियो । दुई पक्षबीचको करार सम्बन्ध सुखद नभई ITC ले अर्को Distributor नियुक्ति गर्ने धम्की दिएको र ITC ले करार उल्लंघन गरेको भनी Yam Seng ले सो करार हुनुभन्दा अघि नै त्यस विषयमा अर्को करार भएको र झुक्याई करार गरेबापतको दुष्कृतिसहित क्षतिपूर्ति माग गरी ब्रिटेनको एक अदालतमा मुद्दा दायर गरेको थियो । निजले लिएको दावीमा अन्य कुराको अतिरिक्त "असल नियतले करारको पालना गर्ने" विषय करारको अन्तरनिहित शर्त रहेको थियो ।[135] सो विवादको निरुपण गर्दै फैसलामा "बेलायतको कानूनले व्यापारिक करारको असल नियतले पालना गर्नुपर्ने सामान्य कर्तव्य लागू गर्नुपर्छ" भनी यस सिद्धान्तको पक्षमा विभिन्न तर्क दिएको थियो ।[136]

असल नियतले करारको पालना जुनसुकै कानून प्रणालीमा आधुनिक व्यापारिक करार कानूनको एक महत्वपूर्ण मान्यताको रुपमा स्थापित भएको छ । यूरोपेली देवानी संहिता अध्ययन समूहले तयार गरेको DCFR बमोजिम "करार पालनाको अधिकार प्रयोग गर्दा, करार पालना नगरेकोमा त्यसको परिणाम पछ्याउँदा वा उपचारको प्रतिरक्षा गर्दा वा कुनै दायित्व वा करार सम्बन्धको अन्त्य गर्ने अधिकार प्रयोग गर्दा असल नियत तथा स्वच्छ कारोवार (Good Faith and Fair Dealing) बमोजिम दायित्व पालना गर्नु सम्बन्धित व्यक्तिको कर्तव्य हुन्छ" भनी यस मान्यताको क्षेत्र स्पष्ट गरेको पाइन्छ ।[137]

स्वभाविक रुपमा प्रश्न उठ्छ, असल नियतले करारको पालना सिद्धान्तका आवश्यक तत्व के—के हुन् र यसको प्रयोग गर्न सकिन्छ ।

"असल नियत" को आवश्यक तत्व भन्नाले सामान्य अर्थमा "इमानदारीपूर्वक" (Honestly) काम गरेको अवस्था बुझिन्छ । तर, कानूनी र खासगरी करार कानूनको सन्दर्भमा असल नियतको अर्थ "इमानदारीपूर्वक" वा "बेइमानी विनाको" कामले मात्र असल नियतको प्रयोजन पूरा हुँदैन । करार कानूनको सन्दर्भमा असल नियतको प्रावधानले कम्तीमा दुई शर्तहरु — स्वच्छ कारोबारका लागि

[135] Clyde and Co. Duty of good faith in contracts under English law: Recent Development, clydeco.com

[136] Ibid

[137] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, op. cit. Book –III, 1:103 P. 208

अपनाउनु पर्ने मनासिव व्यापारिक मापदण्ड (Reasonable Commercial Standards) को पालना र करारमा सहमति भएको विषय कार्यान्वयनका लागि रहेको निष्ठा हुन् ।

असल नियतले करारको पालनालाई विभिन्न मुलुकका विधिशास्त्रमा विवादको निरुपण गर्दा आ—आफ्नै ढंगले व्याख्या भएका छन् । विभिन्न मुलुकमा भएको अभ्यासबाट यसका आवश्यक तत्वलाई संक्षेपमा देहायबमोजिम प्रस्तुत गर्न सकिन्छः

१. करारका पक्षहरु आफूले सहमति गरेको विषयबाट पन्छिन नहुने,
२. करारका शर्तलाई सही ढंगबाट कार्यान्वयन गर्ने,
३. करार पालना गर्न अर्को पक्षलाई सहयोग गर्नुपर्ने,
४. करारका शर्तहरु इमानदारीपूर्वक र असल नियतले पालना गर्ने,
५. करारबमोजिम प्रयोग गर्न सक्ने स्वविवेकको अधिकार (करार निलम्बन, करार अन्त्य) को स्वेच्छाचारी प्रयोग नगर्ने,
६. करारमा प्रयुक्त कुनै शब्द वा वाक्यांशको फरक ढंगबाट अर्थ लगाई करारबमोजिमको अधिकार दुरुपयोग नगर्ने,
७. करारका शर्त कार्यान्वयन गर्न अर्को पक्षलाई सहज पुऱ्याउन वार्ता गर्ने आदि ।

जहाँसम्म देवानी संहिताको सन्दर्भ छ, यसको भाग ५ मा भएका व्यवस्थालाई समग्रमा लिने हो भने दायित्व र करारको असल नियतले पालना गर्ने सन्दर्भमा देहायको कानूनी व्यवस्था भएको पाइन्छ :

१. करार गर्ने प्रत्येक पक्षले करारबमोजिमको आ—आफ्नो दायित्व पूरा गर्नुपर्ने (दफा ५२१),
२. असल नियतले दायित्व पूरा गर्नुपर्ने (दफा ४९९),
३. करारको परिपालना गर्न आवश्यक सुविधा दिनुपर्ने (दफा ५३२)
४. करारको प्रकृतिबमोजिम कुनै पक्षले गर्न नहुने काम वा व्यवहार रोक्न अदालतले आदेश दिने (दफा ५४१)
५. करार उल्लंघन भएको कारणबाट उत्पन्न क्षतिपूर्ति निर्धारण गर्दा अदालतले त्यस्तो करार नियतवश उल्लंघन भएको वा लापरवाहीको कारणले पालना नभएको हो सो कुरा विचार गर्ने (दफा ५४३),
६. करार उल्लंघन नभएको भए उल्लंघन नगर्ने पक्षले कति रकम वा लाभ प्राप्त गर्न सक्ने थियो सो कुरा क्षतिपूर्ति निर्धारण गर्दा विचार गर्ने (दफा ५४३),
७. करार गर्दाको परिस्थितिमा आधारभूत परिवर्तन भएको कारणले करार पालना गर्न करारका शर्तहरु पुनरावलोकन गर्न वा हेरफेर गर्न आवश्यक भएमा पक्षहरुले वार्ता गर्न सक्ने (दफा ५३१ (४) ।

उल्लिखित कानूनी व्यवस्थाबाट असल नियतले करारको पालना गर्नुपर्ने विषयमा हाम्रो कानून प्रणाली परिपक्व हुँदै गएको मान्न सकिन्छ ।

११) करार उल्लंघनबापत प्राप्त हुने उपचारमा स्पष्टता : कमन ल प्रणालीबमोजिम करार उल्लंघन भएमा मर्का पर्ने पक्षले कुनै एक वा एकभन्दा बढी उपचार (करार रद्द गर्ने, क्षतिपूर्ति दावी गर्ने, करारको परिपालनाको अनुपातमा रकम दावी गर्ने, करारको यथावत परिपालना र अर्को पक्षलाई अन्यथा नगर्न अदालतबाट आदेश (निशेधाज्ञा) पाउन सक्ने हुन्छ र त्यस्तो व्यवस्था करार ऐन, २०५६ परिच्छेद–१२ (दफा ८२, ८३, ८४, ८५, ८६ र ८७) मा पनि व्यवस्था भएको थियो । तथापि, सो परिच्छेदमा प्रयुक्त भाषा केही हदसम्म स्पष्ट नभएकोले संहितामा स्पष्ट गर्ने र सो ऐनमा नरहेका अवधारणागत रुपमा निम्नबमोजिम परिमार्जन गर्ने प्रयत्न गरिएको छ :

क) एक पक्षले करार परिपालना नगरेकोमा वा नगर्ने सूचना दिएकोमा वा निजको आचरण वा काम कारबाहीबाट करार सारभूत रुपमा (Materially) (करार ऐन, २०५६ मा आधारभूत रुपमा) करार उल्लंघन गरेकोमा अर्को पक्षले करार रद्द गर्न सक्ने र रद्द गर्ने पक्ष करार परिपालन गर्न वाध्य नहुने । (दफा ५३५ (३)

ख) पूर्व अनुमानित क्षतिसहित विभिन्न क्षतिको व्यवस्था,

ग) यथावत रुपमा परिपालना गर्नुपर्ने बाहेक अन्य कुनै किसिमले हानि, नोक्सानी वा क्षतिको मूल्यांकन मौद्रिक मूल्यमा यकिन गर्नुपर्ने, (दफा ५४२)

घ) करार उल्लंघन भएको कारणबाट उत्पन्न क्षतिपूर्ति निर्धारण गर्दा अदालतले नियतवश वा लापरवाहीको कारणले करार पालना हुन नसकेको हो, सो कुरा र करार उल्लंघन नभएको भए अर्को पक्षलाई हुन सक्ने लाभसमेत विचार गरी क्षतिपूर्ति निर्धारण गर्नुपर्ने, (दफा ५४३)

१२) अप्रत्यक्ष वा अर्धकरारका सम्बन्धमा करार ऐन, २०५६ (दफा ११) मा विभिन्न पाँच अवस्थालाई सम्बोधन गरिएकोमा मुलुकी देवानी संहितामा अप्रत्यक्ष वा अर्धकरारको परिभाषा (दफा ६४८) सहित विभिन्न १४ (दफा ६४९ देखि ६६२) दफामा परिभाषा गरी सम्बोधन गरिएको छ । साथै, अप्रत्यक्ष करारसँग निकटवर्ती अनुचित समृद्धिसम्बन्धी छुट्टै परिच्छेदको व्यवस्था गरिएको छ ।

१३) विशिष्ट करारका सम्बन्धमा निम्न लिखित परिमार्जन गरिएको छ :

क) वस्तु विक्रीसम्बन्धी करारका प्रावधानमा केही परिमार्जन गरिएको छ । विक्री भएको वस्तुको व्यापारिक गुणस्तर (मर्च्यान्टिबल क्वालिटी) भएको मानिने (करार ऐन, २०५६ को व्यवस्था दफा ४६) को सट्टामा सन्तोषप्रद गुणस्तरयुक्त (सेटिस्फेक्टोरी क्वालिटी) भएको मानिने व्यवस्था गरिएको छ । वस्तु विक्रीसम्बन्धी करारमा व्यापारिक गुणस्तरयुक्तको अवधारणा पुरानो हो । स्वाभाविक रुपमा प्रश्न उठ्न सक्दछ, "व्यापारिक गुणस्तरयुक्त" र "सन्तोषप्रद गुणस्तरयुक्त" मा के भिन्नता छ रु "व्यापारिक गुणस्तरयुक्त वस्तु" भन्नाले सामान्य तवरले व्यापारिक कारोबार गर्न योग्य रहेको वस्तु मानिन्छ भने "सन्तोषप्रद गुणस्तरयुक्त वस्तु" भन्नाले सामान्य समझको मानिसले गुणस्तरयुक्त मान्न सकिने वस्तु ठानिन्छ । यस अर्थमा व्यापारिक गुणस्तरयुक्त वस्तुभन्दा सन्तोषप्रद गुणस्तरको वस्तु नै रहनु उपयुक्त हुन्छ ।

ख) विक्रेताले करार गरिएको भन्दा फरक परिणामको वस्तु बुझाउन ल्याएकोमा त्यसको परिणामका सम्बन्धमा करार ऐन, २०५६ मा आवश्यक व्यवस्था भए तापनि करारमा उल्लेख गरिएको भन्दा

फरक गुणस्तरयुक्त वस्तु बुझाउन ल्याएकोमा त्यसको परिणामका सम्बन्धमा सो ऐन मौन रहेकाले त्यस सम्बन्धमा आवश्यक व्यवस्था गरिएको (दफा ५५२) छ भने करार ऐन, २०५६ मा रहेको विक्रेताले क्रेता कहाँ पुऱ्याएको वस्तु निरीक्षण गर्ने क्रेताको अधिकार (दफा ५०) को सट्टा सन्दर्भले "वस्तु यकिन गर्ने क्रेताको अधिकार" हुनुपर्ने हुनाले परिमार्जन गरिएको (दफा ५५६) छ ।

ग) त्यसरी नै जमानत करारका केही प्रावधान परिमार्जन गरिएको छ । जमानतका शर्त करारबमोजिम हुनुपर्ने गरी स्पष्ट (दफा ५६३ (३) (करार ऐन, २०५६ मा नरहेको) पारिएको छ भने कुनै दायित्वबापत जमानत र सुरक्षण दुबै दिएकोमा सुरक्षणले खामेको हदसम्म जमानत दिने व्यक्तिको दायित्व नहुने गरी स्पष्ट पारिएको छ (दफा ५६४ (३) छ ।

व्यावसायिक समुदायभित्र रहेको निरन्तर जमानत (Continuous Guarantee) को अवधारणा हाम्रो कानून प्रणालीमा नभएकोले सोको अभाव पूरा गर्न मुलुकी देवानी संहितामा आवश्यक व्यवस्था (दफा ५७०) गरिएको छ । यस मान्यताअनुसार श्रृंखलावद्ध रुपमा हुने कारोबारमा लागू हुने गरी कुनै निश्चित अवधिका लागि दिइएको जमानतको रकमको हदसम्म जतिसुकै पटक व्यापारिक कारोबार भए तापनि जमानत करार प्रभावकारी हुने व्यवस्था संहितामा (दफा ५७०) गरिएको छ । यो व्यवस्था निसन्देहः हाम्रो लागि एक नयाँ प्रयोग र अभ्यास पनि हो ।

१४) करार सम्पन्न गर्दाको त्रुटि : प्रसंग आएको हुनाले "करार सम्पन्न गर्दाको त्रुटि (Culpa in Contrahendo (fault in conclusion of a contract)" को मान्यता (Doctrine) को प्रतिफलको सन्दर्भमा बाहेक अन्य पक्षका सम्बन्धमा संक्षिप्त रुपमा यस आलेखमा चर्चा हुन वान्छनीय देखिन्छ । "Culpa in Contrahendo" को मान्यतालाई विश्वका दुई मुख्य कानून प्रणालीमा फरक—फरक ढंगबाट बुझाइ र व्याख्या भई प्रयोग हुँदै आएको पाइन्छ । Culpa in Contrahendo को मान्यता सिद्धान्ततः कन्टिनेन्टल कानून प्रणाली र खासगरी जर्मन कानून प्रणालीमा उन्नाइसौं शताब्दीको उत्तराद्र्धदेखि विकास भएको मानिन्छ । यस मान्यताले करारका पक्षहरुले करार (करारको वार्ता) गर्दा असल नियतले गर्नुपर्ने पक्षहरुको कर्तव्य रहेको व्याख्या गर्दछ । यस मान्यताको उद्देश्य करारका कुनै पक्षलाई अर्को पक्षलाई हानि नोक्सानी हुने गरी करार गर्नबाट रोक्नु हो । अर्को शब्दमा भन्ने हो भने करार गर्दा कुनै व्यक्तिले अर्को पक्षलाई झुक्याई वा गलत सूचना दिई निजलाई हानि नोक्सानी हुने गरी वा जालसाज गरी वा बाध्य पारी करार गराउन नहुने विषयलाई यस मान्यताले दायित्वको रुपमा उजागर गर्दछ । Culpa in Contrahendo को मान्यताअनुसार करार गर्दाका बखत भएको वार्ता वा प्रक्रिया पक्षहरुको असल नियतबाट हुनुपर्ने र त्यसको उल्लंघन भएको कारणबाट हानि नोक्सानी भएमा त्यसबापत क्षतिपूर्ति भराउनु पर्ने हुन्छ । Culpa in Contrahendo को मान्यता जर्मनीको देवानी संहिताको अतिरिक्त बेल्जियम, स्वीटजरल्याण्ड, अल्वानिया, हंगेरी, क्युबेक (क्यानाडा) तथा ल्याटिन अमेरिकी मुलुकका जस्ता कन्टिनेन्टल कानून प्रणालीमा आधारित देवानी संहितामा संहिताकरण भएको पाइन्छ ।

यस मान्यताअनुसार "कुनै करार गैरकानूनी भएकोमा वा पूर्णता हुनबाट रोकिएकोमा त्यस्तो करारको वार्ता गर्दा कपटपूर्ण (दोषपूर्ण) आचरण गर्ने पक्षबाट क्षति व्यहोर्नुपर्छ (Damages should be recoverable against the party whose blameworthy conduct during negotiations for a contract bought about its invalidity or prevented its perfection)"[138]

स्वीस देवानी कानूनबमोजिम करार गर्दाका बखत पक्षहरुबीच भएको वार्ताबाट पक्षहरुबीच कानूनी सम्बन्ध स्थापित हुन्छ (जसलाई पूर्वकरार सम्बन्ध (Precontractual Relationship) भनिन्छ र पूर्वकरार सम्बन्ध एक पक्षबाट उल्लंघन भएकोमा अर्को पक्षलाई भएको क्षति सम्भार गर्नु पक्षको दायित्व हुने व्यवस्था गरेको पाइन्छ । यस सम्बन्धमा स्वीस अदालतले निम्न लिखित व्यवस्था (Rules) विकास गरेको पाइन्छः [139]

१) अर्को पक्षसँग गम्भीर रुपमा वार्ता गर्नुपर्ने र करार गर्ने गम्भीर मनसाय नभएमा वार्ता प्रारम्भ गर्न नहुने,
२) करार गर्दा वा करारका प्रावधान व्यवस्था गर्दा अर्को पक्षलाई धोखा दिन नहुने,
३) करार गर्दा प्रत्येक पक्षका आ—आफ्नै सरोकार र हित हुने हुनाले एक पक्षले अर्को पक्षलाई आफ्नो सरोकार जानकारी गराउने कर्तव्य नहुने, तर असल नियतको कारणबाट अर्को पक्षलाई जानकारी गराउन सकिने र भएको वास्तविक कुरा जानकारी गराउनु पर्ने,
४) एक पक्षले सोधेको प्रश्नमा अर्को पक्षले जवाफ दिनुपर्ने,
५) गलत तथ्यलाई कुनै पक्षले विश्वास गरेको कुनै कुरा अर्को पक्षले महसुस गरेमा त्यसको ध्यानाकर्षण गराउने ।

जहाँसम्म कमन ल प्रणालीमा यस मान्यताको बुझाइ र प्रयोगको प्रश्न छ, कन्टिनेन्टल प्रणालीको बुझाइ र प्रयोगभन्दा फरक भएको हुनाले त्यसको समकक्षी मान्यता यहाँ बिरलै पाइन्छ । तथापि, कमन ल प्रणाली आफै विभिन्न सिद्धान्तहरु र समन्याय (Equity) का मान्यतामा आधारित कानून प्रणाली भएकाले प्रत्यक्ष वा परोक्ष कुनै न कुनै रुपमा यसका तत्वलाई कमन ल प्रणालीका सिद्धान्तहरुले सम्वोधन गर्दछन् । यस्ता मान्यतामा विवन्धन (Estoppel) वा प्रतिज्ञाको विवन्धन (Promissory Estoppel) कसैको प्रतिज्ञालाई विश्वास गरी भएको कारोबार), देवानी दुष्कृति (Civil Tort), झुक्याइ पारी गरेको करार, जालसाजबाट भएको करार, भुलबाट भएको करार, अनुचित समृद्धि तथा असल नियतबाट करार पालना गर्नुपर्ने मान्यता आदि हुन् । यी हरेक मान्यता समन्यायमा आधारित हुनाले करारको सन्दर्भमा कुनै न कुनै रुपमा यसबाट उपचार प्राप्त गर्न सकिने नै हुन्छ ।

---

[138] Rodrigo Nova, culpa in contrahendo; A Comparative Study: Chilean Law and United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Arizona Journal of International and Comparative law, Vol. 22 No.3, 2005, P. 586

[139] Ibid, P. 594

त्यसो भए तापनि कमन लको अभ्यास गर्ने मुलुक सं.रा. अमेरिका र अष्ट्रेलियामा Culpa in Contrahendo को मान्यतालाई अदालतले बिसौं शताब्दीको उत्तराद्र्धदेखि कन्टिनेन्टल प्रणालीका मुलुकका अदालत सरह यो मान्यतालाई प्रचलनमा ल्याइसकेको पाइन्छ ।

Culpa in Contrahendo को मान्यतालाई यसअघि नै चर्चा गरिएको अन्तर्राष्ट्रिय व्यापारिक करारसम्बन्धी युनिद्रोआका सिद्धान्तहरु (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994) ले परिभाषा गर्दै यसलाई असल नियतसम्बन्धी प्रावधानसँग आवद्ध गरेको छ । UNIDROIT का सिद्धान्तबमोजिम देहायको व्यवस्था रहेको छः [140]

१) करारको कुनै पनि पक्ष करार वार्ता गर्न स्वतन्त्र रहने र सम्झौतामा पुग्न नसकेमा यो बापत जवाफदेही (Liabel) हुन सक्ने छैन,
२) तथापि, दुषित मनसाय (Bad Faith) ले वार्ता गर्ने वा वार्ता भंग गर्ने पक्ष त्यसबाट अर्को पक्षलाई भएको हानि नोक्सानीबापत जवाफदेही (Liabel) हुनु पर्दछ,
३) खासगरी, अर्को पक्षसँग सम्झौतामा पुग्न नसक्ने मनसाय साथ वार्ता गर्ने वा वार्ता जारी गर्ने पक्षले दुषित मनसायले वार्ता गरेको मानिन्छ ।

UNCITRAL ले विकास गरी वस्तुको अन्तर्राष्ट्रिय विक्रीका लागि व्यवस्था भएको करारसम्बन्धी सं.रा. संघीय महासन्धिको छलफलको क्रममा यस मान्यताले प्रवेश पाएको थियो र विभिन्न कानून प्रणाली प्रतिनिधित्व गर्ने विशेषज्ञहरुको छलफलबाट सो महासन्धिको धारा ७ मा यस मान्यताले स्थान पाएको देखिन्छ ।

जहाँसम्म हाम्रो देवानी संहिताको प्रश्न छ, स्पष्ट रुपमा Culpa in Contrahendo को मान्यता र यसको परिणाम उल्लेख गरिएको पाइन्न । करारको पारस्पारिक पालना (दफा ५२२), वस्तु विक्रीसम्बन्धी वदर हुने करार (दफा ५४६), बदर गराउन सकिने करारका विभिन्न आधार (दफा ५१८) आदिको प्रयोगबाट यो विषयलाई परोक्ष रुपमा नै भए पनि केही हदसम्म सम्वोधन गर्न खोजेको मान्नुपर्ने भए तापनि यो मान्यता हाम्रो सन्दर्भमा नितान्त नयाँ छ । तर, अन्तर्राष्ट्रिय व्यापारिक कारोबार बृद्धि भइरहेको सन्दर्भमा यस विषयमा समयमा नै अध्ययन भई कानूनी व्यवस्था गर्न सकिएमा भविष्यमा यसबाट हुन सक्ने जोखिम न्यून गर्न सकिन्छ ।

(१५) माथि उल्लेख गरिएका उदाहरणका अतिरिक्त करार ऐन, २०५६ मा व्यवस्था नभएका तर व्यवहारमा अभ्यास हुँदै आएका केही नयाँ करारका कानूनी व्यवस्था संहितामा समावेश गरिएका छन् । यस्ता व्यवस्थामा लिज करार (परिच्छेद – १२) र हायर पर्चेज करार (परिच्छेद–१३) हुन् । ज्याला मजदुरीको व्यवस्था तत्काल प्रचलित मुलुकी ऐन (भाग ३, महल ४) मा पनि रहेकोमा संहितामा फरक मान्यता र अवधारणासहित व्यवस्था गरिएको छ ।

[140] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994, Article 3.

८. करार कानूनमा गर्नुपर्ने सुधार र भावी कार्यदिशा

कानूनको सुधार निरन्तर रुपमा हुने प्रक्रिया हो । कुनै पनि कानूनका मान्यताहरु गतिशील भई परिवर्तन भई नै रहन्छन् । एकपटक निर्माण भएको कानूनका मान्यताहरु सदैव मान्य रहन्छन् भन्ने हुँदैन । कानूनको सुधार सरकारको एक महत्वपूर्ण जिम्मेवारी हो र यसको अन्त्य हुँदैन ।

स्वभाविक प्रश्न उठ्छ, कानूनको सुधार भनेको के हो र करार कानूनको सम्बन्धमा यसको के सान्दर्भिकता छ ? कानूनको सुधार भनेको कानूनको संशोधन, पुनरावलोकन र एकीकरण मात्र होइन । कानूनको सुधार भनेको कानून परिवर्तनको सार (Substance) हो भने संशोधन, एकीकरण वा पुनरावलोकन यसको स्वरुप हो । कानूनको सुधार भनेको गुणात्मक रुपमा कानूनको परिमार्जन हो । जहाँसम्म संहिताकरणको प्रश्न छ, यसलाई कानून सुधारको एक उपायको रुपमा लिइन्छ, तापनि संहिताकरणबाट मात्र कानून सुधार गर्ने राज्यको जिम्मेवारी पूरा हुन सक्दैन ।

देवानी कानूनको संहिताकरण (देवानी संहिताको निर्माण) बाट देवानी प्रकृतिका सामान्य कानून र खासगरी करार कानूनको सुधार गर्ने एक चरणको सरकारको कार्यभार पूरा भएको छ । तत्काल प्रचलित मुलुकी ऐन, लेनदेन व्यवहारको ३७ नम्बर ।। बाट प्रारम्भ भएको करार कानूनको सुधारको प्रक्रिया वर्तमान अवस्थामा मुलुकी देवानी संहिताको भाग—५ मा व्यवस्था भएका विभिन्न परिच्छेदमा रहेका मान्यतासम्म आइपुगेको छ । मुलुकी देवानी संहितामा रहेका करार कानूनका मान्यताहरुबाट हाम्रो करार कानून थप समृद्ध भई अन्तर्राष्ट्रिय स्तरको र कम्तीमा दक्षिण एसियाली मुलुकहरुभन्दा कम नभएको मान्न सकिन्छ । केही दक्षिण एसियाली मुलुकमा डक्ट्रिनमा नै रहेका वा प्राज्ञिक बहसमा नै सीमित भएका करार कानूनका कतिपय व्यवस्था हाम्रो सन्दर्भमा ऐन अन्तर्गतका प्रावधान (Statutory Provisions) को रुपमा रहेका छन् । तथापि, हामी यसमा नै पूर्ण सन्तुष्ट हुने होइन । करार कानूनको सुधार देवानी संहिताको प्रादुर्भाव भएपछि पनि उत्तिकै सान्दर्भिक छ । देवानी संहिताको आधारशिलाबाट थप विशेष करार कानून निर्माण गरी हाम्रो कानून प्रणालीलाई थप समृद्ध बनाउन आवश्यक छ ।

करार कानूनको क्षेत्रमा नेपाल सरकारले गर्नुपर्ने सुधारको मोटामोटी कार्यदिशा देहायबमोजिम हुन वाञ्छनीय देखिन्छ ।

१) वस्तु विक्री करार (परिच्छेद—६), वस्तु ढुवानी करार (परिच्छेद—११), हायर पर्चेज करार (परिच्छेद—१३) को सुधार उल्लिखित करारका व्यवस्था विगतको तुलनामा उल्लेख्य भए तापनि अझ थप सुधार हुन आवश्यक छ । यस प्रयोजनका लागि यी व्यवस्थाहरुको सारभूत रुपमा सुधार गर्ने अवस्थामा देवानी संहिताबाट झिकी छुट्टै विशेष ऐन निर्माण गर्न वा मौजुदा परिच्छेदमा नै थप परिमार्जन गर्न सकिन्छ । मुलुकी देवानी संहितामा वस्तुको विक्री मात्र सम्वोधन भएकोमा कतिपय अवस्थामा उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ बमोजिम सम्वोधन भए तापनि सेवाको विक्री (Sale of Service) सम्बन्धी छुट्टै कानून निर्माण हुन आवश्यक भएको महसुस गरिएको छ । यसका अतिरिक्त

हायर पर्चेज तथा वस्तुको ढुवानीसम्बन्धी करारका मान्यतामा थप अध्ययन भई सुधार हुन आवश्यक छ ।

२) वस्तुको विक्रीसम्बन्धी व्यवस्था अन्तर्राष्ट्रिय व्यापारको विषय पनि हो । वस्तुको अन्तर्राष्ट्रिय व्यापार सम्बन्धमा एकै किसिमका कानूनी मान्यता विकास गर्ने अन्तर्राष्ट्रिय प्रवृत्ति विकास भई सन् १९८० मा वस्तुको अन्तर्राष्ट्रिय विक्रीका लागि व्यवस्था भएको करारसम्बन्धी सं.रा. संघीय महासन्धि (UN Convention on Contracts for International Sale of Goods) सम्पन्न भई त्यस महासन्धिमा सन् २०२० को अन्त्यसम्म ९४ मुलुक पक्ष भइसकेका छन् । ढिलो चाँडो नेपाल त्यस महासन्धिको पक्ष हुनुपर्नेछ । त्यस अवस्थामा पनि वस्तु विक्रीसम्बन्धी करारको पुनरावलोकन गर्नुपर्ने हुँदा सो महासन्धि अनुकूल हुनेगरी वस्तु विक्रीसम्बन्धी करार परिमार्जन गर्नुपर्ने हुन्छ ।

३) करारमा आधारित केही छुट्टै नयाँ ऐनको तर्जुमा भई संघीय संसदबाट पारित हुनु आवश्यक देखिन्छ । लिज लगानीलाई अन्तर्राष्ट्रिय रुपमा नै प्रत्यक्ष विदेशी लगानीको नयाँ स्वरुप मानिएको सन्दर्भमा विदेशी लगानीलाई पूर्वाधार संरचना, सेवा क्षेत्रलगायतका क्षेत्रमा खुला गर्ने नीति मुलुकले अख्तियार गरेकोले लिज लगानीका यावत शर्तहरु निर्धारण गरी लिज लगानीसम्बन्धी छुट्टै करार ऐन जारी हुन आवश्यक छ ।

४) त्यसरी नै सन् १९९९ मन्ट्रियलमा सम्पन्न हवाई मार्गबाट अन्तर्राष्ट्रिय ढुवानीका लागि व्यवस्था भएका केही नियमहरुको एकीकरणका लागि व्यवस्था भएको महासन्धि (Convention for the Unification of Certain Rules on International Carriage by Air) मा नेपाल सम्मिलन भई १५ डिसेम्बर, २०१८ प्रारम्भ भइसकेको कारणले सो महासन्धिका व्यवस्थाको नेपाली कानूनमा आन्तरिकीकरण (Domestication) गर्नुपर्ने हुन्छ । हवाई मार्गबाट हुने ढुवानीसम्बन्धी कार्य करारबमोजिम नै सम्पादन हुने हुँदा त्यस प्रयोजनका लागि पनि छुट्टै करार ऐन निर्माण हुन आवश्यक छ ।

५) करारका सामान्य प्रकृतिका र केही हदसम्म विशेष प्रकृतिका कानूनी व्यवस्थाहरु मुलुकी देवानी संहितामा व्यवस्था भए तापनि व्यापार व्यवसायमा प्रचलनमा रहेका तर हाम्रो कानूनी व्यवस्थाले सम्वोधन नगरेका अन्य केही विषयको अध्ययन भई आवश्यक कानूनी व्यवस्था हुन आवश्यक देखिन्छ । यस्ता विषयहरुमध्ये करारमा आधारित अन्तरवर्ती व्यवसाय (Intermeditory Business) को रुपमा मानिएका वितरण (Distribution), भण्डारण (Storage) तथा फ्रान्साइज (Franchise) जस्ता व्यवसाय संचालनको अधिकार तथा दायित्वका विषयमा छुट्टै करार कानूनी व्यवस्था हुन आवश्यक छ । त्यसरी नै मौजुदा एजेन्सीसम्बन्धी करारमा संशोधन गरी व्यापारिक एजेन्सी (Commercial Agency) का अन्य स्वरुपका विषयमा अध्ययन भई थप कानूनी व्यवस्था हुन आवश्यक छ ।

६) करार कानूनको सुधारका सम्बन्धमा चर्चा गर्दा स्वाभाविक रुपमा गैरकरारजन्य कामबाट अर्को व्यक्तिलाई हुने हानि नोक्सानीबापतको दायित्व (Non-contractual liability arising out of damage caused to another) का सम्बन्धमा पनि आवश्यक अध्ययन भई कानूनी व्यवस्थाको तयारी गर्न आवश्यक भएको छ ।

नासो, धरौट, हायर पर्चेज र लिज करार

ऋषिकेश वाग्ले[♠]

१. परिचय

देवानी संहिताको परिच्छेद पाँचमा देवानी दायित्वसम्बन्धी व्यवस्थाहरु समावेश गरिएको छ। कुनै काम गर्न वा नगर्न कानूनी रुपमा कसैको बाध्यता भएको अवस्थामा सो व्यक्तिले त्यस्तो गर्न नहुने काम गरेमा वा गर्नुपर्ने काम नगरेको अवस्थामा सो व्यक्तिको दायित्व सृजना हुने घोषणा दफा ४९३ ले गरेको छ। दफा ४९४ मा दायित्व सृजना हुने सातवटा शीर्षकहरुको सूची तथा उक्त शीर्षकहरु अन्तर्गत पर्ने दायित्वका व्यवस्थाहरुको सामान्य सन्दर्भसमेत उल्लेख गरिएको छ। त्यसमा (१) कानून, (२) करार, (३) अप्रत्यक्ष करार, (४) अनुचित समृद्धि, (५) दायित्व लिने गरी भएको एकतर्फी प्रतिवद्धता, (६) दुष्कृति तथा (७) अर्ध-दुष्कृतिबाट सृजना हुने दायित्वसम्बन्धी नियमहरुको व्यवस्था गरिएको छ।

करारीय दायित्व सम्वन्धमा हाल प्रचलित करार कानूनमा भन्दा केही थप व्यवस्थाहरुसमेत देवानी संहितामा समावेश गरिएका छन्। यस सत्रमा हामी करारीय दायित्व सिर्जाना हुने व्यवस्थाहरुमध्ये नासो, धरौट, हायर पर्चेज र लिजसम्बन्धी विशेष करारका विषयमा छलफल गर्ने छौं। छलफलमा उक्त विशेष करारहरुको सैद्धान्तिक अवधारणा, तत्सम्वन्धमा भएको मौजुदा कानूनी व्यवस्था तथा देवानी संहितामा भएका व्यवस्थाहरुको परिचर्चा गरिनेछ।

२. नासो करार

नासोको परिभाषा तथा आवश्यक शर्तहरु

नासो करारको कानूनी अर्थ पनि हामीले सामान्य बोलीचालीमा व्यक्त गर्ने नासो शव्दसँग नै मिल्ने किसिमको हुन्छ। कसैले अर्काको बस्तु लिएमा हामीले त्यसलाई नासो मान्छौं। दैनिक व्यवहारमा एउटा मानिसको वस्तु अर्को मानिसको साथमा रहने सयौं अवस्था हुन्छन्। जस्तै पुस्तकालयको पुस्तक सदस्यले लैजाने, एउटा साथीको कलम वा मोटरसाइकल अर्कोले प्रयोग गर्ने वा मर्मत गर्ने पसलमा टेलिभिजन वा फ्रिज लगेर राखिने अवस्था। देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५७५ ले यसै अनुसार नासोको परिभाषा गरेको पाइन्छ। उपदफा (१) ले "एक व्यक्तिले अर्को व्यक्तिलाई कुनै वस्तु आफूलाई नै फिर्ता दिने वा निजले अऱ्हाएबमोजिम अरु कसैलाई हस्तान्तरण वा बिक्री गर्ने गरी कुनै वस्तु राख्न दिएकोमा नासोसम्बन्धी करार भएको मानिने छ" भन्ने उल्लेख गरेको छ। यो परिभाषा भारतीय करार ऐन, १८६० को दफा १४८ अनुसारको परिभाषासँग मिल्दोजुल्दो छ।[141] तर देवानी संहिताको परिभाषा भारतीय करार

♠ डिन, काठमाडौं युनिभर्सिटी स्कुल अफ ल

141 "A bailment is the delivery of goods by one person the another for some purpose, upon a contract that, when the purpose is accomplished, be returned or otherwise disposed of according to the directions of the person delivers them."

ऐनको परिभाषा जस्तो स्पष्ट भएको देखिँदैन। उक्त दुवै परिभाषा तथा प्रचलनसमेतका आधारमा नासो करारमा निम्न तत्त्वहरु विद्यमान रहेको हुनुपर्दछ।

- **वस्तुको हस्तान्तरणः** वस्तुको धनीवाट नासो लिने व्यक्तिमा सो वस्तुको हस्तान्तरण भएको हुनुपर्दछ। हस्तान्तरण विना नासो हुन सक्दैन। तसर्थ नासोको विषय चल सम्पति हो, अचल सम्पतिको नासो हुन सक्दैन। दफा ५७५ को स्पष्टिकरणमा वस्तुको परिभाषा गरिएको छ। जसअनुसार वस्तु भन्नाले चलनचल्तीमा रहेको मुद्राबाहेक कुनै चल सम्पति र त्यस्तै सम्पत्तिमा रहेको अधिकारसमेत जनाउदँछ। संहिताको दफा ५७६ ले बस्तुको हस्तान्तरणको अवस्थाहरु उल्लेख गरेको पाइन्छ। उपदफा (१) मा नासो दिनेबाट नासो लिने व्यक्तिले वस्तु प्राप्त गरेपछि हस्तान्तरणको काम पूरा भएको मानिने छ भनी उल्लेख गरेको छ। यसलाई वस्तुको बास्तविक हस्तान्तरण (Actual Delivary) मानिन्छ। यस्तो अवस्थामा वस्तु भौतिक रुपमा नै एउटा व्यक्तिको नियन्त्रणबाट अर्को व्यक्तिको नियन्त्रणमा जान्छ। कतिपय अवस्थामा वस्तुको भौतिक हस्तान्तरण नभए पनि परिणाममा हस्तान्तरण हुने मानिन्छ। हस्तान्तरण मानिन] (Constructive Delivery) को अवस्थामा वस्तुको भौतिक कब्जा परिवर्तन हुदैन। जस्तै कसैले गोदामको साँचो हस्तान्त्तरण गरेमा गोदामको सामान हस्तान्तरण गरेको मानिन्छ। कतिपय अवस्थामा पहिले नै वस्तु लिने व्यक्तिको कव्जामा हुन्छ र पछि नासोको रुपमा दिन सकिन्छ। यस्तो अवस्थामा पनि भौतिक रुपमा वस्तु जहाँको त्यही हुन्छ। संहिताको दफा (२) ले Constructive Delivery को अवस्था उल्लेख गरेको छ। तर यसमा पहिले राख्न दिएको अवस्था बाहेकको अन्य अवस्थालाई नसमेटिएकोले पछि अदालती व्याख्याबाट यो अवधारणालाई विस्तृत गर्नुपर्ने देखिन्छ।
- **नासोको उद्देश्यः** नासो करारको एउटा विशेषता भनेको यसको व्यापकता हो। एउटाको वस्तु अर्कोमा रहने प्रायः सवैजसो अवस्था यसले समेटेको हुन्छ। भारतीय करार ऐनले Upon Some Purpose भनी सवै अवस्थालाई समेटन सक्ने वाक्यांश प्रयोग भएको पाइन्छ। तर संहिताको दफा २७५ मा "राख्न दिएकोमा ...." भन्ने वाक्यांशले यसको अर्थ संकूचन गरेको पाइन्छ। नासोको परिभाषामा शाव्दिक व्याख्या गर्दा हुने सीमिततालाई अन्य दफाहरुसँग सामान्जस्यता गरेर हेर्नुपर्दछ। दफा ५७९ मा समय व्यतीत भएपछि वा उद्देश्य पूरा भएपछि वस्तु फिर्ता गर्नुपर्ने भन्ने उल्लेख भएको पाइन्छ। त्यसकारण राख्न दिएको भन्नाले कुनै उद्देश्यका लागि दिएको मान्नुपर्दछ। अन्यथा वस्तु मर्मत गर्न दिएको अवस्थामा समेत नासो करार हुन नसक्ने हुन्छ।
- **फिर्ता गर्नुपर्ने शर्तः** नासोमा दिएको वस्तु फिर्ता गर्नुपर्ने शर्त रहेको हुनुपर्दछ। यसको अर्थ भोगसम्बन्धी अधिकार (Possessory Right) को हस्तान्तरण भए पनि Ownership Right हस्तान्तरण भएको हुदैन। तसर्थ नासो करारको अवधि समाप्त भएपछि वा उद्देश्य पूरा भएपछि सो वस्तु फिर्ता गर्नुपर्दछ। वस्तु

---

* प्रस्तुत लेखको पछिल्लो भागमा रहेका हायर पर्चेज र लिज करारसम्बन्धी टिप्पणी राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठानवाट प्रकाशित "देवानी तथा फौजदारी संहिता श्रोत सामग्री, २०७५ (भाग १) मा समावेश भएको लेखकको लेख करारसम्बन्धी नवीन व्यवस्थाहरुः हायर पर्चेज र लिज करारवाट जस्ताको तस्तै साभार गरिएको छ।

फिर्ता गर्नु भनेको वस्तुको धनीले भने अनुसार अन्य कसैलाई फिर्ता गर्ने वा उसले भनेबमोजिम वस्तु विक्री गरिदिने कुरासमेत पर्दछ।[142]

- **करारः** वस्तुको हस्तान्तरण करारवमोजिम भएको हुनुपर्दछ। यस्तो अवस्थालाई करारीय नासो भनिन्छ। कतिपय अवस्थामा करार विनाको पनि नासो जस्तो अवस्था हुन्छ। जस्तै दशी वा प्रमाणका रुपमा अदालतमा आएका वस्तुहरु। यस्ता विषयलाई करारबमोजिमको नासो मान्न मिल्दैन। देवानी संहिताले नासोसम्बन्धी विषय सामान्यतया मौखिक करारका रुपमा पनि हुन सक्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ। तर पच्चीसहजार रुपमा भन्दा वढी मूल्य पर्ने वस्तु नासो राखेकोमा लिखित करार हुनुपर्दछ।[143]

देवानी संहिताको दफा ६६२ ले करार विनाको नासो हुने विषयलाई समेटेको पाइन्छ। कानूनवमोजिम कसैले अर्काको सम्पत्ति कव्जामा राखेकोमा नासो सरह राख्नुपर्ने उल्लेख गरेको छ। तसर्थ अर्काको सम्पत्ति राख्दा नासो राख्ने व्यक्ति सरहको सम्वन्ध स्थापित हुन्छ।

वस्तु नासोमा लिने व्यक्तिको अधिकार र कर्तव्य

- **अधिकारः**

○ **प्रयोग गर्ने अधिकारः** अधिकांश अवस्थामा नासोमा लिनेले करारबमोजिम वस्तुको प्रयोग गर्न पाउने अधिकार हुन्छ। तर करारबमोजिम प्राप्त भएमा मात्र यो अधिकार प्रयोग गर्न सकिन्छ। करार मौन छ भने यो अधिकार प्रयोग गर्न सकिदैन। जस्तै मोटरसाइकल भाडामा लिने व्यक्तिले प्रयोग गर्न पाउँछ भने मर्मतका लागि लिनेले प्रयोग गर्न पाउँदैन।

○ **क्षतिपूर्ति पाउने अधिकार**ः नासोमा सामान दिने व्यक्तिले आफ्नो कर्तव्य पूरा नगरेका कारणबाट नासोमा लिने व्यक्तिले हानि नोक्सानी व्यहोर्नु पर्‍यो भने सो हानि नोक्सानी दिने व्यक्तिबाट भराई लिन पाउँदछ। यस्तो अवस्था नासोमा राखिएको वस्तुको खरावी जानकारी नगराएर[144] पर्न गएको हानि नोक्सानी वा अन्य व्यक्तिको सामान नासोमा राखेको कारणबाट लिनेले व्यहोर्न परेको हानि नोक्सानी[145] पर्दछन्।

○ **वस्तुको हेरविचारको खर्च पाउनेः** नासोमा राखिएको वस्तुको संरक्षण र हेरविचारमा लागेको खर्च कसले व्यहोर्ने भन्ने कुरा करारबमोजिम हुन्छ। करारमा यो विषय उल्लेख नभएको अवस्थामा त्यस्तो खर्च दिने व्यक्तिले व्यहोर्नु पर्दछ।[146] नासो लिनेले त्यस्तो खर्च व्यहोरेको अवस्थामा दिने व्यक्तिवाट भराई लिन पाउँछ।

---

[142] देवानी संहिता दफा २७५(१)।

[143] देवानी संहिता दफा २७५(३)।

[144] देवानी संहिता दफा ५७७।

[145] ऐजन दफा ५८०।

[146] ऐजन दफा ५८२।

- **वस्तु राख्ने र विक्री गर्ने अधिकारः** नासो करारको मुख्य शर्त वस्तु फिर्ता गर्नुपर्ने हो। तर मर्मत सम्भारका लागि दिइएको वस्तुको मर्मत संभार खर्च भुक्तानी नभएमा नासो लिनेले सो वस्तु फिर्ता गर्न अस्विकार गर्न पाउँदछ। Common Law मा यस्तो अधिकारलाई Right to Lien भनिन्छ। भारतीय करार ऐनको दफा १७० मा यस्तो अधिकारको उल्लेख गरिएको छ। Right to Lien प्रयोग गर्ने व्यक्तिले हस्तान्तरण फिर्ता गर्न इन्कार गर्न पाउँदछ तर त्यस्तो वस्तु विक्री गर्न भने पाउदैन तर देवानी संहिताको दफा ५८१ (२) ले भने मनासिव समयभित्र मर्मत संभारवापतको खर्च भुक्तानी नभएमा नासोमा लिने व्यक्तिले सो वस्तु विक्री गरी खर्च असुल गर्न पाउने अधिकारसमेत दिएको पाइन्छ।
- **कर्तव्यः**
  - **करारका शर्तबमोजिम वस्तुको प्रयोग गर्नुपर्नेः** वस्तु नासोमा लिने व्यक्तिले करारका शर्तअनुसार मात्रै वस्तुको प्रयोग गर्नुपर्दछ। वस्तुको प्रयोग गर्ने अधिकार नभएको अवस्थामा प्रयोग गरेमा वा शर्त विपरीत प्रयोग गरी वस्तुको नोक्सानी भएमा नोक्सानीको रकम नासो दिने व्यक्तिलाई तिर्नुपर्दछ।[147]
  - **वस्तुको हेरविचार गर्नुपर्नेः** नासोमा राखिएको वस्तुको कस्तो किसिमबाट हेरविचार गर्नुपर्ने हो भन्ने व्यहोरा करारमा उल्लेख भएका अवस्थामा सोही अनुसार हेरविचार गर्नुपर्दछ। करारमा त्यस्तो कुनै शर्त उल्लेख नभएको अवस्थामा मनासिव किसिमबाट हेरविचार र संरक्षण गर्नुपर्ने दायित्व नासोमा लिने व्यक्तिको हुन्छ। तर कानूनले मनासिवको मापदण्ड आफ्नो वस्तु सरह भन्ने उल्लेख गरेको पाइन्छ।[148] आफ्नो सरहको भन्नाले एउटा विवेकशील मानिस सरहको हेरचाह भन्ने बुझिन्छ। यसको अर्थ कोही मानिस आफ्नो सामानको हेरचाहमा लापरवाह हुने गर्दछ भने पनि नासोमा लिएको बस्तुका हकमा भने त्यस्तो हुन पाउदैन। मनासिव हेरचाह गर्नुपर्दछ। मनासिव हेरविचार नगरेका कारण हानि नोक्सानी भएमा नासो लिनेले व्यहोर्नु पर्दछ।
  - **नासो लिएको वस्तु आफ्नो वस्तुसँग मिसाउन नहुनेः** संहिताको दफा २७८(४) (५) र (६) मा नासो लिनेले आफ्नो वस्तु र नासो लिएको बस्तुको छुट्टाछुट्टै परिचय कायम राखी राख्नु पर्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ। नासो दिने व्यक्तिको सहमतिमा बाहेक वस्तु मिसाउन नहुने उल्लेख गर्दै सहमतिमा वस्तु मिसाएको भए आ—आफ्नो हिसावको अनुपातमा वस्तु तथा त्यसवाट प्राप्त आम्दानीमा दुवैको हक हुने भन्ने व्यवस्था गरेको छ। सहमति विना मिसाएका अवस्थामा बस्तु छुट्याउन सकिने रहेछ भने निजहरुको आ—आफ्नो हक कायम रहने हुन्छ। वस्तु छुट्याउदा कुनै खर्च लाग्ने भएमा नासो लिनेले व्यहोर्नु पर्दछ। वस्तु छुट्याउन नसकिने अवस्था आएमा त्यसरी मिसिएको बस्तुमा नासो दिनेको अधिकार हुने कुरा दफा २७८(६) ले स्पष्ट गरेको पाइन्छ।
  - **नासोमा लिएको वस्तु फिर्ता गर्नुपर्नेः** नासो करारको मुख्य विशेषता नै लिएको वस्तु फिर्ता गर्नुपर्ने शर्त हो। यस्तो शर्तको अभावमा नासो करार सम्पन्न हुन सक्दैन। वस्तु फिर्ता गर्नुपर्ने शर्त भन्नाले भौतिक रुपमा नै वस्तु दिनुपर्ने भन्ने मात्र जनाउदैन। वस्तुधनीको निर्देशनअनुसार अर्को व्यक्तिलाई हस्तान्तरण

---

[147] ऐजन दफा ५७८(३)।

[148] ऐजन दफा ५७८(१)।

गर्ने वा विक्री गरेर स्वामित्व हस्तान्तरण गर्ने कामसमेत पर्दछ। सामान्यतया करारका शर्तअनुसार वा उद्देश्य पूरा भएपछि वस्तु फिर्ता दिनुपर्ने दायित्व सिर्जना हुन्छ।

वस्तु फिर्ता गर्दा सो वस्तु बढे बढाए वा सो वस्तुवाट आर्जन भएको वस्तुसमेत फिर्ता गर्नुपर्दछ।[149] जनावर नासोमा राखेको भए त्यसले जन्माएका बच्चा वा शेयर राखेको भए त्यसवापत प्राप्त वोनस शेयर जस्ता कुरा यसमा पर्दछन्।

नासो दिने व्यक्तिको अधिकार र कर्तव्य

<u>कर्तव्यः</u>

- **नासोमा दिएको वस्तुको त्रुटिको जानकारी दिनेः** नासो दिएको वस्तुमा भएको कुनै खरावी वा त्रुटिको विषयमा नासो लिने व्यक्तिलाई जानकारी दिनुपर्दछ। जानकारी नदिएको कारणबाट नासो लिने व्यक्तिलाई कुनै हानि नोक्सानी परेमा त्यस्तो नोक्सानी नासो दिने व्यक्तिले व्यहोर्नु पर्दछ। खरावी वा त्रुटि जानकारी गराउने कर्तव्यको दुईवटा मापदण्ड मानिन्छ पहिलोमा नासोमा दिने व्यक्तिको हितको शर्त नभएको नासोमा निजलाई जानकारी भएसम्मको खरावी जानकारी गराउनु पर्दछ। तर वस्तु दिनेको हितका लागि नासोमा दिएको भए उसलाई जानकारी नभएको त्रुटि वा खरावीसमेत जानकारी गराउनु पर्दछ। यसको अर्थ वस्तुमा त्रुटि छ वा छैन भन्ने कुराको निरीक्षण गरी वस्तु दुरुस्त भएमा मात्रै नासोमा दिनुपर्दछ भन्ने हो। आफ्नो मोटर साइकल कसैलाई सित्तैमा प्रयोग गर्न दिनु पहिलो अवस्था हो भनी भाडामा प्रयोग गर्न दिनु दोस्रो अवस्था हो। देवानी संहिता २०७४ को दफा ५७७ मा दुईवटा मापदण्ड उल्लेख गरिएको भए तापनि कुन अवस्थामा कुन मापदण्ड लागू हुने भन्ने विषय स्पष्ट रुपमा व्यक्त भएको पाइदैन। वस्तुमा भएको त्रुटि वा खरावीको कारण नासोमा लिने व्यक्तिलाई हानि नोक्सानी भएमा नासो दिने व्यक्तिले व्यहोर्नु पर्दछ।
- **वस्तुको हेरचाहको खर्च व्यहोर्नु पर्नेः** नासोको वस्तुको सुरक्षा तथा हेरविचारका लागि लाग्ने खर्च कसले व्यहोर्ने भन्ने विषयमा लेनदेन गर्ने व्यक्तिहरुले करारमा उल्लेख गरेका अवस्थामा करारबमोजिम हुन्छ। करारमा खर्च कसले व्यहोर्ने भन्ने विषय उल्लेख भएको छैन भने वस्तु दिनेले व्यहोर्नु पर्दछ।[150]
- **वस्तु फिर्ता लिनुपर्नेः** नासोमा दिएको वस्तु करारको प्रयोजन समाप्त भएपछि वा उद्देश्य पूरा भएपछि लिने व्यक्तिले फिर्ता ल्याएका अवस्थामा दिने व्यक्तिले फिर्ता लिनुपर्दछ। समयमा फिर्ता नलिएका कारण सो वस्तु हराएमा वा नासिएमा अथवा घट्न गएमा नासो लिने व्यक्ति जिम्मेवार हुँदैन।[151] एकभन्दा बढी व्यक्तिको संयुक्त स्वामित्वमा रहेको वस्तु फिर्ता गर्दा तीमध्ये जुनसुकै धनी वा निजले

[149] ऐजन दफा ५७९(५)।

[150] ऐजन दफा ५८२।

[151] ऐजन दफा ५७९(२)।

अन्हाएको व्यक्तिलाई फिर्ता गर्न सकिने व्यवस्था भएकोले[152] जुनसुकै धनीकहाँ फिर्ता ल्याए पनि लिनुपर्दछ।

- **नासो लिने व्यक्तिलाई भरपाई गर्नुपर्ने:** आफ्नो हक वा अधिकार वा स्वामित्वमा नभएको वस्तु कसैले नासो राखेर कारण नासो लिने व्यक्तिले तेस्रो पक्ष (सामान्यत वस्तुको धनी) प्रति कुनै हानि वा नोक्सानी व्यहोर्नु पर्ने हुन सक्दछ। यस्तो अवस्थामा नासो लिने व्यक्तिले त्यस्तो हानि नोक्सानी नासो दिने व्यक्तिबाट भरपाई गरी लिन पाउँदछ।[153]

- <u>**अधिकार**</u>

- **करार अन्त्य गरी वस्तु फिर्ता माग्न पाउने:** नासो लिने व्यक्तिले करारका शर्तअनुसार सो वस्तु राख्ने वा प्रयोग गर्न पाउने अधिकार राख्दछ। सो शर्तको पालना नगरेमा करारको उल्लंघन भएको मानिन्छ। त्यसरी नासो लिने व्यक्तिले करारको उल्लंघन गरी वस्तुको प्रयोग गरेमा नासो दिने व्यक्तिले करार अन्त्य गरी आफ्नो सामान फिर्ता माग्न पाउदछ।[154]
- **वस्तु फिर्ता पाउने अधिकार:** नासोमा दिएको वस्तु र सो वस्तुवाट वढ्न गएको वस्तुसमेत फिर्ता प्राप्त गर्ने अधिकार नासो दिने व्यक्तिको हुन्छ। करारको उद्देश्य पूरा भएपछि वा उल्लेख भएको समय समाप्त भएपछि वस्तु फिर्ता माग गर्न सकिन्छ। अन्य देशको प्रचलनमा नासोमा दिने व्यक्तिले नासोवाट केही लाभ प्राप्त नगर्ने (Bailment without reward to the Bailor) करारका हकमा जहिले सुकै पनि वस्तु फिर्ता माग्न पाउँदछ। तर उसले लाभ प्राप्त गर्ने नासो करार भएको हो भने करारका शर्तअनुसार मात्रै वस्तु फिर्ता माग्न पाउँदछ।
- **क्षतिपूर्ति माग गर्न पाउने:** नासो लिने व्यक्तिले आफ्नो कर्तव्य पूरा नगरेका कारणवाट वस्तुमा कुनै हानि नोक्सानि भएमा सो हानि नोक्सानीको क्षतिपूर्ति नासो दिने व्यक्तिले माग गर्न पाउँदछ। वस्तुको हेरविचार नगरी, करारको शर्त विपरीत वस्तु प्रयोग गरी वा करारअनुसार फिर्ता गर्नुपर्ने अवस्थामा फिर्ता नगरी हानि नोक्सानी भएमा लिने व्यक्तिवाट दिने व्यक्तिले क्षतिपूर्ति पाउँदछ।

३. धितो वा धरौटसम्बन्धी करार

धितो/धरौटसम्बन्धी करार पनि नासो करारको एउटा रुप हो। हामीले माथिल्लो प्रकरणमा छलफल गरे अनुसार नासोको सवै तत्त्वहरु धितो वा जमानतसम्बन्धी करारमा पनि विद्यमान हुन्छन्। वस्तु हस्तान्तरणको उद्देश्य ऋणको सुरक्षण वा काम सम्पन्न गर्ने जमानत रहेको छ भने त्यस्तो नासोलाई धितो वा जमानतसम्बन्धी करार भनिन्छ। भारतीय करार ऐन १८७२ को दफा १७२ मा धितो वा जमानत दुवैलाई समेट्ने गरी Pawn शब्द प्रयोग गरी यस्तो प्रकृतिको करारको परिभाषा गरेको पाइन्छ। जस अनुसार The bailment of goods as security of payment of loan or performance of a promise is called

[152] ऐजन दफा७७९(३)।

[153] ऐजन दफा ५८०।

[154] ऐजन दफा ५७९(४)।

pawn. यसमा धितो वा जमानत भनेर फरक पनि गरिएको छैन। सारमा भन्दा यी दुईमा तात्विक फरक गर्नुपर्ने आवश्यकता पनि देखिदैन। ऋणको चुक्ताको प्रयोजनका लागि गरिएको वस्तु हस्तान्तरणलाई र कुनै काम पूरा गर्ने सुनिश्चितताको लागि वस्तु हस्तान्तरण गरिने कामलाई करारको परिपालनाको सुनिश्चितताको लागि भनेर सामान्यीकरण गरेर बुझ्न सकिन्छ।

धितो वा धरौट करार र सामान्य नासो करारको विषयवस्तु एकै किसिमको हो। दुवैमा एकवाट अर्कोमा वस्तु हस्तान्तरण हुने र प्रयोजन समाप्त भएपछि फिर्ता हुने शर्त रहन्छन्। मुख्य फरक भनेको धितो वा धरौट करार अन्तर्गत वस्तु लिने व्यक्तिले सो वस्तुमाथि राख्ने अधिकारमा फरक पर्दछ। करारमा अन्यथा उल्लेख भएबाहेक वस्तु नासो धरौटमा राख्नेले प्रयोग गर्न पाउदैन। तर ऋण चुक्ता नगरेको वा करारअनुसारको काम सम्पन्न नगरेको अवस्थामा वस्तुउपरको अधिकार व्यापक हुन्छ। अर्थात लिने व्यक्तिले सो वस्तु विक्री गरेर आफ्नो पैसा असुलउपर गर्ने वा काम पूरा गर्न लगाउन पाउने अधिकार हुन्छ। यो नै नासो लिनेको महत्वपूर्ण अधिकार हो।

धरौट वा जमानत लिने व्यक्तिको अधिकार र कर्तव्य

- **अधिकार**

  - **वस्तु विक्री गरी ऋण असुल उपर गर्न पाउनेः** ऋणीले ऋणको सावाँव्याज समयमा भुक्तान नगरेमा वा करारबमोजिमको काम समयमा पूरा नगरेमा वस्तु दिने व्यक्तिले सो वस्तु विक्री गरी आफ्नो लेना रकम असुल उपर गर्न पाउँदछ। भारतीय करार ऐनको दफा १७६ ले यस्तो अवस्थामा वस्तु दिने व्यक्तिले सो वस्तु आफूसँगै राखी दायित्व पूरा नगर्ने व्यक्ति उपर मुद्धा दायर गर्न वा त्यसो नगरी वस्तुको धनीलाई सूचित गरेर आफैले वस्तु विक्री गरी रकम असुल गर्न पाउँदछ भन्ने स्पष्ट व्यवस्था गरेको पाइन्छ। देवानी संहिताको दफा ५८७(१) ले कानूनबमोजिम कारवाही नचलाई सिधै वस्तु विक्री गरी असुल उपर गर्न सक्ने अधिकार दिएको छैन। यस दफाअनुसार कानूनबमोजिम कारवाही चलाएर मात्रै सो वस्तुवाट ऋण असुल उपर गर्न सकिन्छ। तर वैङ्क तथा वित्तीय संस्थाले ऐनले दिएको अधिकार प्रयोग गरी आफूले ऋण प्रवाह गर्दा राखेको धरौटको वस्तु आफै लिलाम गरी साँवा व्याज असुल उपर गर्न सक्दछन्।[155] संहिताको दफा ५८७(४) ले धरौट लिई काम गराएकोमा काम पूरा नगरेमा धरौट रहेको वस्तुवाट काम पूरा गर्न लगाउन सक्दछ भन्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ। तर सो वस्तुवाट असुल गर्न पाउने हक कानूनी कारवाहीपछि प्राप्त हुने वा सोझै प्राप्त हुने स्पष्ट छैन।
  - **बाँकी रकम असुल गर्न पाउनेः** धरौट वा जमानत दिने व्यक्तिले आफूले प्राप्त गर्नुपर्ने रकम वस्तुको विक्री गरी असुल गर्दा समेत बाँकी रहन गयो भने धरौट वा जमानत लिने व्यक्तिको अन्य सम्पत्तिवाट समेत असुल गरी लिन पाउँदछ।[156]

[155] वैङ्क तथा वित्तीय संस्थासम्बन्धी ऐन, २०७३ को दफा ५६(१)।

[156] देवानी संहिता दफा १८७(५)।

- **साहुहरुको समान अधिकार हुनेः** एकै वस्तु धितो राखी एकै समयमा वा भिन्न समयमा विभिन्न व्यक्तिहरुवाट ऋण लिएको अवस्थामा सो व्यक्तिले ऋण नतिरे धरौटउपर कसको के कति अधिकार हुने भन्ने कुरा करारमा उल्लेख भएको अवस्थामा सोही अनुसार हुन्छ। करारमा कुनै कुरा उल्लेख नभएकोमा सवै साहुहरु समान स्थितिमा रहेको मानिने छ र सवै साहुहरुको समानुपातिक हक हुनेछ।[157]
- **थप धरौट वा जमानत माग्न वा करार वदर गराउन पाउनेः** कसैले आफ्नो हक र स्वामित्व नभएको वस्तु वा वदर हुने करार अर्तगत प्राप्त गरेको वस्तु धरौट वा जमानत राखेको र सो व्यहोरा धरौट वा जमान लिने व्यक्तिलाई सुरुमा थाहा नभई पछि थाहा भएमा सो वस्तु वरावरको निजको हक लाग्ने थप वस्तु माग गर्न सक्दछ। यसरी माग गरेको वस्तु दिन सकेमा धरौट वा जमानतको करार कायम रहन्छ। दिन नसकेमा धरौट वा जमानत लिने व्यक्तिले त्यस्तो करार अन्त्य गर्न सक्दछ।[158]

- **<u>कर्तव्यः</u>**
  - धितो वा धरौटमा वस्तु राख्ने व्यक्तिको कर्तव्य नासोमा वस्तु राख्ने व्यक्तिको जस्तै हो। यस अन्तर्गत वस्तुको सुरक्षा र हेरविचार गर्नुपर्ने, उद्देश्य पूरा भएपछि वस्तु फिर्ता दिनुपर्ने र आफ्नो वस्तुसँग मिसाउन नहुने कर्तव्य पर्दछन्।

धरौट वा जमानत दिने व्यक्तिको अधिकार र कर्तव्य

- **अधिकार**
  - **वस्तु फिर्ता पाउने अधिकारः** धरौट वा जमानत दिने व्यक्तिले लिएको ऋण वा गर्नुपर्ने काम पूरा गरेपछि आफ्नो वस्तु फिर्ता पाउने अधिकार रहन्छ। आफ्नो तर्फवाट गर्नुपर्ने काम पूरा नगरेसम्म यो अधिकारको प्रचलनको माग गर्न मिल्दैन। सामान्यतया सम्पूर्ण ऋण वा काम सम्पन्न गरेपछि मात्रै वस्तु फिर्ता माग गर्न सकिन्छ। तर ऋण वा कामलाई खण्ड खण्ड छुट्याई प्रत्येक खण्डका हकमा धरौट वा जमानत दिएको भए प्रत्येक खण्डको ऋण वा काम सम्पन्न भएबापत सो हदसम्म वस्तु फिर्ता माग गर्न सकिन्छ।[159]
  - त्यसैगरी ऋण नतिरेको वा काम सम्पन्न नगरेको कारणवाट धरौट वा जमानत लिने व्यक्तिले कानूनी कारवाही गरी वा नगरी सो वस्तु विक्री गरी आफ्नो लेना रकम असुल गर्नका निमित्त वस्तु विक्रीको प्रकृया अघि वढाएको भए पनि विक्री वा अन्य तरिकावाट अर्को व्यक्तिमा हक हस्तान्तरण नभए सम्म वस्तुको धनीले वस्तु फिर्ता माग गर्न पाउछ। तर वस्तु फिर्ता माग गर्दा तिर्नुपर्ने रकम र रकम नतिरेका कारण सिर्जना भएको थप दायित्वबापतको रकम चुक्ता गर्नुपर्दछ।[160] उदाहरणका लागि वैंकमा ऋणबापत धरौट राखेको सुन ऋण नतिरेका कारण वैंकले लिलामको प्रकृया अघि वढाएको

---

[157] ऐजन दफा ५८९(१)।

[158] ऐजन दफा५८८(१)।

[159] ऐजन दफा ५८६।

[160] ऐजन दफा ५८७(३)।

भए पनि सो जुन तेस्रो व्यक्तिलाई हस्तान्तरण नभएसम्म धरौट राखेले सबै रकम तिरी फिर्ता लान पाउँदछ।

- **क्षतिपूर्ति पाउने:** धितो वा जमानत दिएको वस्तु लिने व्यक्तिले उचित सुरक्षा र हेरचाह नगरेका कारण हानि नोक्सानी हुन गएमा त्यसबापतको क्षतिपूर्ति पाउने अधिकार धितो वा जमानत दिने व्यक्तिमा रहन्छ।

- **कर्तव्य:**
  - धितो वा धरौट दिने व्यक्तिको कर्तव्य नासो दिने व्यक्ति सरहको हुन्छ। त्यसकारण वस्तुमा भएको त्रुटि जानकारी नगराएको वा अर्काको वस्तु धरौट वा जमानत राखेको कारणवाट लिने व्यक्तिले व्यहोर्नु परेको हानि नोक्सानीको क्षतिपूर्ति निजले गर्नुपर्दछ।

४. हायर पर्चेज करार

हायर पर्चेज करारलाई वस्तु विक्री करार (Sale of Goods) र वस्तु विक्री गर्ने सम्झौता (Agreement to Sale) दुवैको गुण समावेश भएको करार मानिन्छ। यो करार उधारोमा वस्तु विक्री गर्ने गरी भएको करारभन्दा पनि फरक कुरा हो। खासगरी वैङ्कले किस्तावन्दीमा रकम तिर्ने गरी उधारोमा उपभोक्तलाई सामान उपलव्ध गराउँदा कुनै कारणवाट ग्राहकले समयमा पैसा नतिरेको अवस्थामा वैङ्कले सो वस्तुउपर आफ्नो दावी गर्न नपाउने समस्यालाई समाधान गर्नको निमित्त यो करारको विकास गरिएको थियो। उधारोमा सामान वेचेका अवस्थामा वस्तुको स्वामित्व क्रेतामा नै जान्छ र समयमा समानको मूल्य भुक्तान नगरेका अवस्थामा वैङ्कले निजउपर कानूनी उपचार खोज्न सक्दछ तर सो समानउपर आफ्नो अधिकारको दावी लिन सक्दैन।

हायर पर्चेज करारमा वैङ्कले वस्तु आफ्नै स्वामित्वमा राखी उपभोक्तालाई आफ्नै सम्पत्ति सरह प्रयोग गर्न दिन्छ। सामानको मूल्य र त्यसमा जोडिने व्याजसमेतको किस्तावन्दीमा निर्धरित रकम समयमा भुक्तानी गरेमा सो सामान क्रेताको स्वामित्वमा जान्छ। कुनै कारणवाट क्रेताले समयमा रकम भुक्तानी नगरेमा करार भङ्ग भएको मानिन्छ र वैङ्कले सो सामान आफ्नै स्वामित्वमा भएको हुँदा सामानउपर नै आफ्नो स्वामित्व सिर्जना गर्न सक्दछ। यस्तो करारको प्रचलन वढ्नुको मुख्य कारणमा उपभोक्ताले आफूलाई आवश्यक पर्ने सामानको पूरा मूल्य भुक्तान नगर्दै प्रयोग गर्न पाउने र बैङ्कले पनि समानको भुक्तानी नभएका अवस्थामा सो सामान आफ्नो कव्जामा लिन पाउने अधिकार नै हुन्।

हायर पर्चेज करारको सुरुवाट संयुक्त अधिराज्यवाट भएको मानिन्छ। संयुक्त राज्य अमेरिकामा यसलाई किन्ने प्रयोजनका निमित्त भाडामा लिने व्यवस्था भनिन्छ।[161] भारतमा हायर पर्चेज करारसम्बन्धी छुट्टै ऐन

---

[161] A hire purchase is a method of buying goods through making installment payments over time. The term "hire purchase" originated in the United Kingdom and is similar to rent-to-own arrangements in the United States. Under a hire purchase contract,

वनेको भए तापनि यो ऐन लागू नै नभइकन खारेज गरियो। तसर्थ यस विषय भारतमा वस्तु विक्री ऐनद्वारा नै व्यवस्थित हुन्छ।

- **हायर पर्चेज करारको अर्थ र अनिवार्य शर्तहरुः** देवानी संहितको दफा ६२४ मा हायर पर्चेज करारलाई भाडा करार मानेर परिभाषा गरिएको छ। सो दफाअनुसार कसैले कुनै वस्तु[162] देहायका शर्तहरुमा भाडामा दिएमा त्यसलाई हायर पर्चेज करार भएको मानिन्छ भन्ने उल्लेख गरिएको छ।
  - वस्तुको धनीले कुनै व्यक्तिलाई आवधिक रूपमा किस्ताबन्दीमा रकम भुक्तानी गर्ने गरी भाडामा दिएको वस्तुमा भाडामा लिने व्यक्तिको[163] भोगचलनको अधिकार हुने,
  - करारको शर्तबमोजिम भाडामा दिएको वस्तु भाडामा लिने व्यक्तिले खरिद गर्न सक्ने,
  - अन्तिम किस्ताबन्दी रकम भुक्तानी गरेपछि त्यस्तो वस्तुको स्वामित्व भाडामा लिने व्यक्तिलाई हस्तान्तरण हुने,
  - प्रकरण ३ बमोजिम स्वामित्व हस्तान्तरण हुनुभन्दा अगाडि कुनै पनि बखत भाडामा लिने व्यक्तिले करार अन्त्य गर्न सक्ने।

संहितामा भएको उक्त शर्तहरुको विवेचना गर्दा किस्ताबन्दीमा रकम भुक्तानी गर्नुपर्ने भन्ने अवस्थाले सो रकम भाडाको रकम नभई वस्तुको मूल्य मान्नु पर्ने हुन्छ। भाडामा लिएको वस्तु लिने व्यक्तिले लिएको दिनदेखि नै उपभोग गर्न पाउँदछ। सो वस्तु भाडामा लिने व्यक्तिले अन्तिम किस्ता रकम भुक्तानी गरेका अवस्थामा स्वतः सो वस्तुको स्वामित्व निजमा हस्तान्तरण हुन्छ। हायर पर्चेज करारमा अन्तिम किस्ता रकम तिर्नुभन्दा पहिले करारमा उल्लिखित शर्त पूरा गरेमा सो वस्तुको स्वामित्व भाडामा लिने शर्तसमेत उल्लेख भएको हुन्छ। त्यस्तो अवस्थामा स्वामित्व हस्तान्तरणको निमित अन्तिम किस्ता रकम तिर्नुपर्ने अवधिसम्म कुर्नुपर्ने आवश्यकता रहँदैन। उदाहरणको लागि २४ महिनाको किस्तामा रकम भुक्तानी गर्ने गरी हायर पर्चेज करारमा समान लिएको अवस्थामा अन्तिम किस्ता तिरेपछि स्वतः लिने व्यक्ति सो वस्तुको धनी वन्दछ। करारमा सो २४ महिनाभन्दा पहिले पनि निश्चित रकम तिरेमा वस्तुको स्वामित्व लिने व्यक्तिमा जाने शर्त हुन सक्दछ। त्यस्तो अवस्थामा करारअनुसारको वाँकी रकम भुक्तानी गरेका अवस्थामा लिने व्यक्तिमा सो वस्तुको स्वामित्व जान्छ।

हायर पर्चेज करारको अर्को विशेषता के हुन्छ भने भाडामा लिने व्यक्तिले सो करार अन्त्य गर्न सक्दछ। अर्थात सो सामान म लिन्न भन्न सक्दछ। तर सामान नलिएबापत समान दिने व्यक्तिले निजका उपर क्षतिपूर्तिको करारीय उपचार माग गर्न सक्दछ। हायर पर्चेज करारमा लिने व्यक्तिले करारका शर्त पूरा गरिरहेका अवस्थामा सो सामान दिने व्यक्तिले करार एकतर्फी रुपमा करारको अन्त्य गर्ने स्वतन्त्रता

---

the buyer is leasing the goods and does not obtain ownership until the full amount of the contract is paid. https://www.investopedia.com/terms/h/hire-purchase.asp#ixzz5A549KgIC

[162] दफा ६२४ को स्पष्टिकरण (१) अनुसार "वस्तु" भन्नाले भोगचलनको लागि भाडामा दिन सकिने कुनै पनि चल सम्पत्ति सम्झनुपर्छ।

[163] दफा ६२४ को स्पष्टिकरण(२) अनुसार "भाडामा लिने व्यक्ति" भन्नाले हायर पर्चेज करारबमोजिम भोगचलनका लागि कुनै वस्तु भाडामा प्राप्त गर्ने व्यक्ति सम्झनुपर्छ र सो शब्दले निजको मृत्यु भएको अवस्थामा निजको हकवाला वा त्यस्तो वस्तु करारबमोजिम प्राप्त गर्ने अन्य तेस्रो व्यक्तिसमेतलाई जनाउँछ।

हुँदैन। सामान्यतया सवै किसिमका करारमा करारका सवै पक्षहरुले करारको एक एकप्रति लिनेदिने चलन हुन्छ। सामान्यता कानूनले नै करारको प्रति एक पक्षले अर्को पक्षलाई दिनु उल्लेख गरेको हुँदैन। तर देवानी संहिताले हायर पर्चेज करार सम्पन्न हुनासाथ वस्तुको धनीले भाडामा लिने व्यक्तिलाई निःशुल्क रूपमा उपलब्ध गराउनु व्यवस्था गरेको छ।[164]

- **हायर पर्चेज करारमा खुलाउनुपर्ने कुराहरुः** संहिताको दफा ६२५ ले हायर पर्चेज करारमा निम्न कुराहरु खुलाउनुपर्ने उल्लेख गरेको छ। कानूनले अनिवार्य गरेको उक्त कुराका अलावा पक्षहरुले सहमति गरेका अन्य आवश्यक कुराहरुसमेत करारमा समावेश गर्न सकिन्छ।
  - **वस्तु र त्यसको संक्षिप्त विवरणः** हायर पर्चेजमा लिनेदिने गरिएको बस्तुको पहिचानको लागि कुन प्रकृतिको वस्तु हो भन्ने कुरा सो बस्तु पहिचानको निमित्त खुलाउन आवश्यक हुन्छ। सो वस्तुको संक्षिप्त बिवरणसमेत करारमा खुलाउन आवश्यक हुन्छ। संक्षिप्त विवरणमा के कस्ता कुराहरु पर्दछन् भन्ने कुरा वस्तुको प्रकृतिअनुसार हुन्छ। जस्तै सवारी साधनको हायर पर्चेज करार हो भने निर्माता कम्पनी वनेको साल मोडेल रंग तथा नेपालमा दर्ता भएको नम्वर संक्षिप्त विवरणमा आवश्यक हुन्छ।
  - **वस्तुको हायर पर्चेज मूल्यः** हायर पर्चेज करारमा हायर पर्चेज मूल्य र नगदी मूल्य गरी दुइवटा मूल्यहरु खुलाउनु पर्दछ। हायर पर्चेज मूल्य भन्नाले भाडामा लिने व्यक्तिले वस्तुको पूरा मूल्य भुक्तानी गरी खरिद गर्न वा प्राप्त गर्न भुक्तानी गर्नुपर्ने कुल रकम सम्झनुपर्छ र सो शब्दले धरौटी वा प्रारम्भिक रकमको रूपमा भुक्तानी गर्नुपर्ने रकमसमेतलाई जनाउँछ भनी परिभाषित गरिएको छ।[165] यसमा दिने व्यक्तिले सो सामानको नगदी मूल्यमा हायर पर्चेजको प्रयोजनको लागि जोडेको सम्पूर्ण रकमहरुसमेत समावेश भएको हुन्छ।
  - **वस्तुको नगदी मूल्यः** सामानको नगदी मूल्य भन्नाले भाडामा लिने व्यक्तिले नगद भुक्तान गरेर कुनै वस्तु खरिद गर्न सक्ने मूल्य सम्झनुपर्छ भनिएको छ।[166] सामान्य रुपमा अर्थ गर्दा यो एकैपटक रकम भुक्तान गरी सामान खरिद गर्न सकिने बजार मूल्य हो।
  - **करार प्रारम्भ भएको मानिने मितिः** हायर पर्चेज करारमा सो करार कहिले प्रारम्भ हुने हो सो मिति पनि खुलाउन आवश्यक हुन्छ। व्यवहारमा हायर पर्चेज करार भएको मिति र करार प्रारम्भ हुने मिति फरक हुन सक्छ। यस्तो अवस्थामा प्रारम्भ हुने मितिबाट नै करार प्रभावकारी हुन्छ।
  - **रकम भुक्तानीको कुराः** सामान लिने व्यक्तिले वस्तुको धनीलाई भुक्तानी गर्नुपर्ने रकम सम्वन्धमा करारमा स्पष्ट विवरण उल्लेख गर्नुपर्दछ। त्यसमा प्रत्येक किस्तामा बुझाउनुपर्ने रकम र जम्मा वुझाउनुपर्ने किस्ता संख्या रकम बुझाउनुपर्ने मिति तथा भुक्तानी गर्नुपर्ने तरिका, रकम भुक्तानी गर्नुपर्ने व्यक्ति र ठाउँसमेत खुलाउनु पर्दछ। नगदबाहेक अन्य कुनै तरिकाले भुक्तानी गर्न सकिने भएकोमा हायर पर्चेज करारमा त्यसको संक्षिप्त विवरण उल्लेख गर्नु आवश्यक छ।

---

[164] देवानी संहिता दफा ६२४ (३)।

[165] स्पष्टिकरण (१)।

[166] स्पष्टिकरण (२)।

- **हायर पर्चेज करार अन्त्य हुने अवस्थाहरुः** देवानी संहितामा हायर पर्चेज अन्त्य हुने अवस्थाहरुको व्यवस्था गरिएको छ। निम्न अवस्थाहरुमा हायर पर्चेज करार अन्त्य हुन्छ ।

○ **स्वभाविक हक हस्तान्तरणः** दफा ६२८ ले हायर पर्चेज करारअनुसारको अन्तिम किस्ता रकम भुक्तानी गरेपछि सो वस्तु खरिद गर्ने काम सम्पन्न भएको मानिने व्यवस्था गरेको छ। सामानहको धनीले पछि भाडामा लिने व्यक्तिलाई हस्तान्तरण गर्नुपर्ने अनिवार्यता गरेको छ।[१६७] सो दफाको व्यवस्थाले स्वामित्व हस्तान्तरण गरिदिनुपर्ने वस्तुधनीको कर्तव्य भएको जस्तो देखिए तापनि हायर पर्चेज करारको विशेषता नै अन्तिम किस्ता तिरेपछि भाडामा लिने व्यक्तिकोमा हक हस्तान्तरण हुने हो। धनीले हक हस्तान्तरण गरि नदिएमा अदालतवाट भाडामा लिने व्यक्तिले उपचार पाउने अवस्था सिर्जना हुन्छ।

○ **भाडामा लिनेले किस्ता रकम भुक्तानी गरी करार अन्त्य गरेमाः** सामान्यता[१६८] हायर पर्चेज करार बहाल रहेको बखत भाडामा लिने व्यक्तिले वस्तुको धनीलाई वस्तुको हायर पर्चेज मूल्य वा भुक्तानी गर्न बाँकी रहेको किस्ता रकम भुक्तानी गरी हायर पर्चेज करार अन्त्य गर्न सक्ने कुरा दफा ६३१ मा गरिएको छ।[१६९] यसरी करार अन्त्य गर्नुपर्दा कम्तीमा पन्ध्र दिन अगावै सो कुराको लिखित वस्तुको धनीलाई दिनुपर्दछ। यस्तो अवस्थामा भाडामा लिने व्यक्तिले कुनै किसिमको छुट पाउन सक्ने रहेछ भने त्यस्तो छुटसमेत उपभोग गर्न पाउँदछ।

○ **भाडामा लिनेले वस्तु फिर्ता गरी करार अन्त्य गर्न सक्नेः** हायर पर्चेज करारमा अन्यथा उल्लेख भएकोमा बाहेक भाडामा लिने व्यक्तिले वस्तु फिर्ता गरेर पनि हायरपर्चेज करारको अन्त्य गर्न सक्दछ।[१७०] अन्तिम किस्ता रकम भुक्तान गर्नुअघि जुनसुकै बखत पनि निजले यो सुविधा प्रयोग गर्न सक्दछ। समयभन्दा पहिले करार अन्त्य गर्नुपर्दा सो कुराको लिखित जानकारी कम्तीमा पन्ध्र दिन अगावै वस्तुको धनीलाई दिन आवश्यक छ। करार अन्त्य गर्नुअघि वस्तुधनीलाई हायर पर्चेज करारबमोजिमको सामान फिर्ता गरी करार सो मितिभन्दा पहिले गर्नु अघिसम्म तिर्न बुझाउन बाँकी रकमसमेत बुझाउनु पर्दछ।[१७१] भाडामा लिने व्यक्तिले हायर पर्चेज करार अन्त्य गर्नु अघिसम्म निजले हायर पर्चेज मूल्यको आधाभन्दा बढी रकम भुक्तानी गरेको रहेछ भने आधा रकमसम्म निजले भुक्तानी गर्नुपर्नेछ।

○ **किस्तावन्दी रकम भुक्तान नगरेको अवस्थामा वस्तुधनीले करार अन्त्य गर्न सक्नेः** वस्तु भाडामा लिने व्यक्तिले हायर पर्चेज करारबमोजिम भुक्तानी गर्नुपर्ने किस्तावन्दीको किस्ता रकम समयमा भुक्तानी

---

167 सो दफाले हक हस्तान्तरण अन्तिम किस्ता रकम भुक्तानी गरेपछि हुने भए तापनि भोगचलन गर्ने अधिकार भने भाडामा लिने व्यक्तिले त्यस्तो वस्तु प्राप्त गर्दाकै बखत कायम भएको मानिनेछ भन्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ।

168 सामान्यतयाको अर्थ करारमा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा वाहेक भनी गर्नुपर्ने संहिताको व्यवस्था रहेको छ। यसको मनसाय हायर पर्चेज करारमा करारको अवधिभित्र अग्रिम रुपमा रकम तिरी करार अन्त्य गर्न नसिकने कुरा उल्लेख भएको हुनुपर्दछ।

169 करारमा अन्यथा उल्लेख भएकोमा बाहेक ।

170 देवानी संहिता दफा ६३२।

171 ऐजन।

नगरेमा वस्तुधनीले सामान लिने व्यक्तिलाई पूर्व सुचना दिई[172] जुनसुकै बखत हायर पर्चेज करार अन्त्य गर्न सक्ने व्यवस्था संहितमा गरिएको छ।[173] तर पूर्व सूचना दिनुपर्ने अवधि समाप्त नहुँदै सामान लिने व्यक्तिले वस्तुधनीलाई त्यस्तो अवधिसम्म बुझाउनुपर्ने किस्ता रकम र करारबमोजिम ब्याज लाग्ने भए त्यस्तो ब्याजसमेत भुक्तानी गरेमा धनीले करार अन्त्य गर्न सक्दैन।

- **वस्तु लिनेले वस्तु हेरचाह नगरेमा वा वस्तुको वारेमा धनीलाई जानकारी नदिएमा वस्तुधनीले करार अन्त्य गर्न सक्नेः** भाडामा लिने व्यक्तिले हायर पर्चेज करार वा दफा ६२९ वा ६३५ को शर्त पालना नगरेमा सम्बन्धित वस्तुधनीले कम्तीमा पन्ध्र दिनको सूचना दिई हायर पर्चेज करार अन्त्य गर्न सक्ने व्यवस्था दफा ६३६ (३) मा गरिएको छ। तर भाडामा लिएको वस्तुको कम्तीमा आधारभूत मूल्य[174] भाडामा लिने व्यक्ति, जमानत दिने वा लगानी गर्ने व्यक्तिले भुक्तान गरिसकेको भए वस्तुधनीले यस दफाबमोजिम हायर पर्चेज करार अन्त्य गर्न सक्दैन।[175]

- **हायर पर्चेज करार अन्तर्गत वस्तुधनीको कर्तव्य तथा अधिकारः**

  हायर पर्चेज करारअनुसार करारअनुसार सामान दिने धनीका निम्नअधिकार र कर्तव्यहरु हुन्छन्-
- **अधिकारहरु**
  - **किस्तावन्दीको रकम पाउनेः** भाडामा वस्तु दिने व्यक्तिले हायर पर्चेज करारमा उल्लेख भएअनुसारको रकम तोकिएको समयमा तोकिएको तरिकाबाट प्राप्त गर्न पाउने निजको मुख्य अधिकार हो दफा ६३० मा उल्लेख गरिएको भाडामा लिने व्यक्तिले किस्ताको रकम तिर्नु पनि कर्तव्य वस्तुधनीको अधिकार हो।
  - **वस्तुको जानकारी पाउनेः** वस्तुको धनीले हायर पर्चेज करारअनुसार भाडामा दिएको वस्तु तथा सो वस्तुबाट प्राप्त हुने लाभको अवस्था कस्तो छ भन्ने विषयमा वस्तुको प्रयोग गर्ने व्यक्तिबाट माग गर्न सक्दछ। यस्तो जानकारी माग भएमा सोको वारेमा भाडामा लिने व्यक्तिले पन्ध्र दिनभित्र त्यस्तो विवरण वस्तुधनीलाई दिनुपर्दछ।[176]
  - **करारको शर्त उल्लंघन भएका अवस्थामा करार अन्त्य गर्न पाउनेः** वस्तु भाडामा लिने व्यक्तिले सपयमा किस्ता रकम नवुझाएमा, वस्तुको उचित हेरचाह नगरेमा वा वस्तुको अवस्थाको वारेमा जानकारी नदिएमा करार अन्त्य गर्न सक्दछ।[177]

---

[172] पुर्व सूचनाको अवधिको हकमा दुइवटा मापदण्ड निर्धारण गरिएको छ। एक हप्ता वा सोभन्दा कम अवधिको अन्तरालमा किस्ता रकम भुक्तान गर्नुपर्ने भएमा एक हप्ताको, सोभन्दा वढी अवधिको हकमा पन्ध्र दिनको।

[173] देवानी संहिता दफा ६३६।

[174] दफा ६६ को स्पष्टिकरणमा "आधारभूत मूल्य" भन्नाले पचास हजार रूपैयाँसम्म तीन चौथाई र सोभन्दा बढी हायर पर्चेज मूल्य भएकोमा त्यस्तो मूल्यको कम्तीमा आधा रकम भनी परिभाषा गरिएको छ।

[175] दफा ६३६ (५)।

[176] दफा ६३५।

[177] माथि उल्लेख गरिएको हायर पर्चेज करार अन्त्य हुने अवस्थामा हेर्नु होला।

○ **करारको उल्लंघन गरेका कारण व्यहोर्नु परेको क्षति भराई लिन पाउनेः** हायर पर्चेज करारअनुसारको वस्तु भाडामा लिने व्यक्तिले करारको उल्लंघन गरेको कारण वस्तुधनीले कुनै हानि नोक्सानी व्यहोर्नु परेमा त्यसको क्षतिपूर्ति भाडामा लिने व्यक्तिबाट भराई लिन पाउँछ।

- **कर्तव्यहरु**

○ **वस्तुको गुणस्तर सुनिश्चित गर्नुपर्नेः** दफा ६२७ मा हायर पर्चेज करारको परिणाम भन्ने शीर्षक राखिएको छ। यस दफाले करारमा अन्यथा व्यवस्था भएको भए तापनि वस्तुको हकमा निश्चित मापदण्डको प्रत्याभूति वस्तुधनीले गर्नुपर्ने कर्तव्य तोकेको छ। वस्तुको गुणस्तर तथा सो वस्तुमा रहेको अधिकारका सम्वन्धमा निम्न लिखित कुराहरु अन्तरनिहित भएको मान्नुपर्दछ। सो कुराको सुनिश्चितता गर्नुपर्ने कर्तव्य वस्तुधनीको हो।

क) भाडामा लिने व्यक्तिले भाडामा लिएको वस्तु निर्वाध रूपमा भोगचलन गर्न सक्ने अधिकार भएको,

ख) वस्तुको धनीले भाडामा लिने व्यक्तिलाई भोगचलनका लागि वस्तु हस्तान्तरण गर्दाका बखत कुनै किसिमको दस्तुर नलाग्ने वा कसैको दाबीबाट त्यस्तो वस्तु मुक्त रहेको,

ग) भाडामा लिने व्यक्तिलाई त्यस्तो वस्तु नमूनासँग भिडाउन सक्ने मनासिब अवसर हुने कुरालाई वस्तुधनीले आश्वासन दिएको,

घ) वस्तुको धनीले भाडामा लिने व्यक्तिलाई वस्तु हस्तान्तरण गर्दाका बखत त्यस्तो वस्तु निजले बिक्री गर्न सक्ने अधिकार रहेको,

ङ) वस्तु हस्तान्तरण गर्दाका बखत सो वस्तुबमोजिमको वस्तु सन्तोषप्रद (सेटिस्फेक्टोरी) गुणस्तरको रहेको,[१७८]

च) कुनै खास प्रयोजनको लागि कुनै वस्तु भाडामा लिएको कुरा त्यस्तो वस्तुधनीलाई भाडामा लिने व्यक्तिले जानकारी गराएको भए त्यस्तो वस्तुको धनीले त्यस्तो प्रयोजनको लागि त्यस्तो वस्तु वा त्यसको गुणस्तर उपयुक्त रहने कुरामा प्रत्याभूति दिएको।[१७९]

छ) भाडामा लिने व्यक्तिले कुनै वस्तु नमूनाको आधारमा भाडामा लिएको भए त्यस्तो सम्पूर्ण वस्तु नमूनासँग मिल्ने कुराको आश्वासन त्यस्तो वस्तुको धनीले दिएको।[१८०]

यसैगरी करारमा गुणस्तरको विवरण तथा नमुनासमेत करारमा उल्लेख भएकोमा वस्तु हस्तान्तरण गर्दा नमूनासँग भिड्नु मात्र पर्याप्त हुँदैन। त्यसको गुणस्तर करारबमोजिम नै हुने गरी त्यस्तो वस्तुधनीले प्रत्याभूति दिएको मानिनेछ।[१८१]

---

[178] (२) उपदफा (१) को खण्ड (ङ) मा जुनसुकै कुरा लेखिएको भए तापनि देहायका अवस्थामा वस्तुको गुणस्तरउपर वस्तुधनी जिम्मेवार रहने छैन (क) जुन वस्तुका सम्बन्धमा हायर पर्चेज करार भएको हो त्यस्तो करार गर्दाका बखत वस्तुधनीले वस्तुको खराबी (डिफेक्ट) थाहा पाउन नसकेकोमा, (ख) हायर पर्चेज करारमा नै वस्तुको गुणस्तर कम भएको बारेमा उल्लेख भएकोमा, (ग) भाडामा लिने व्यक्तिले त्यसको कुनै नमूना (स्याम्पल) संकलन गरी जाँच गरेकोमा त्यस्तो नमूनासँग वस्तुको गुणस्तर मिलेकोमा, (घ) प्रयोग भइसकेको वस्तुको सम्बन्धमा हायर पर्चेज करार भई त्यस्तो करारमा त्यस्तो विषय उल्लेख गरेकोमा।

[179] दफा ६२७ (१) (च)।

[180] देवानी संहिता दफा ६२७ (३)।

[181] ऐजन दफा ६२७ (४)।

- **वस्तुको स्वामित्व हस्तान्तरण गर्नुपर्नेः** दफा ६२८ ले करारअनुसारको हायर पर्चेज मूल्यको अन्तिम किस्ता रकम भुक्तानी भएपछि सो सामान खरिद गर्ने काम पूरा भएको मानिन्छ। यस अवस्थामा भाडामा लिने व्यक्ति वस्तुधनी मानिने हुँदा भाडामा दिने व्यक्तिले स्वामित्व खरिद गर्ने व्यक्तिलाई वस्तुको हस्तान्तरण गरिदिनुपर्दछ। हस्तान्तरणको लागि कुनै औपचारिकता पूरा गर्नुपर्ने भएमा त्योसमेत पूरा गरिदिनुपर्दछ।
- **भाडामा लिने व्यक्तिले आफ्नो हक हस्तान्तरण गर्न स्वीकृति माग गरेकोमा निर्णय दिनुपर्नेः** दफा ६३३ ले हायर पर्चेजमा सामान भाडामा लिने व्यक्तिले करारबमोजिम वस्तुउपरको हक, हित वा दायित्व र त्यस्तो करार अन्तर्गत निजले प्राप्त गर्न सक्ने अन्य कुनै हक, हित वा दायित्व अन्य व्यक्तिलाई हस्तान्तरण गर्न सक्ने व्यवस्था गरेको छ। हक हस्तान्तरण गर्दा वस्तुधनीको स्वीकृति लिनुपर्दछ। यस्तो स्वीकृति पाउने उद्देश्यले भाडामा लिने व्यक्तिले लिखित अनुरोध गरेको पन्ध्र दिनभित्र वस्तुधनीले स्वीकृति वा अस्वीकृति दिनुपर्दछ। सो अवधिभित्र स्विकृति प्राप्त हुन नसकेमा वस्तुधनीले स्वीकृति प्राप्त दिन इन्कार गरेको मानिनेछ। स्विकृति प्राप्त नभए उपर भाडामा लिने व्यक्तिले अदालतमा नालिस दिन सक्दछ।
- **वस्तु फिर्ता लिएको अवस्थामा बाँकी रकम फिर्ता गर्नुपर्नेः** दफा ६३६ अनुसार हायर पर्चेज करारको आधारभूत मूल्य भुक्तान नहुँदाको अवस्थामा भाडामा लिने व्यक्तिले किस्ताको रकम नतिरे वस्तुधनीले करार अन्त्य गर्न सक्छ। यस्तो अवस्थामा निजले वस्तु फिर्ता लिन सक्दछ। वस्तु फिर्ता लिएपछि भाडाबापतभन्दा वढी लिएको रकम र करार हुँदाका वखत कुनै धरौटी लिएको भए सोसमेत फिर्ता गर्नुपर्दछ।[182]

हायर पर्चेज करार अन्तर्गत वस्तु लिने व्यक्तिको कर्तव्य तथा अधिकार

- **अधिकार**
- **वस्तुको प्रयोग गर्न पाउनेः** हायर पर्चेज करारको विशेषता नै भाडामा लिने व्यक्तिमा करारको विषयका रुपमा रहेको वस्तुको स्वामित्व हस्तान्तरण गराउने हो। स्वामित्व हस्तान्तरण किस्ता रकमको भुक्तानी भएपछि हुने भए तापनि भाडामा लिने व्यक्तिले भाडामा लिएको वस्तु निर्वाध रूपमा भोगचलन गर्न सक्ने अधिकार करार लागू हुनासाथ प्राप्त गर्दछ।[१८३]
- **वस्तुको स्वामित्व प्राप्त गर्नेः** हायर पर्चेज करारअनुसारको अन्तिम किस्ता रकम भुक्तानी गरेपछि सो वस्तुको स्वामित्व भाडामा लिने व्यक्तिकोमा आउँदछ। वस्तुधनीले सो वस्तुको स्वामित्व निजमा हस्तान्तरण गरिदिनुपर्दछ।[184]
- हक तथा दायित्व तेश्रो पक्षमा हस्तान्तरण गर्न पाउने वस्तुधनीको स्वीकृति प्राप्त गरी वस्तु भाडामा लिने व्यक्तिले हायर पर्चेज करारअनुसारको आफ्नो हक र दायित्व तेस्रो व्यक्तिमा हस्तान्तरण गरिलिन पाउँछ।[185]

---

[182] ऐजन दफा ६३६ (४) (ख) र (ग)।

[183] ऐजन दफा ६२७ को उपदफाको खण्ड (१) (क)।

[184] ऐजन दफा ६२८।

- **करार अन्त्य गराउन पाउनेः** हायर पर्चेज करारको विशेषता भाडामा लिने व्यक्तिले जुनसुकै वखत अन्त्य गर्न सक्ने हो।[186] संहिताको दफा ६३० मा करारको अवधि वाँकी हुँदा कै अवधिमा वाँकी किस्ता रकम तिरेर[187] तथा दफा ६३१ मा वस्तु फिर्ता गरेर करार अन्त्य गर्न पाउने अधिकार भाडामा वस्तु लिने व्यक्तिलाई प्रदान गरेको छ।[188]

- **कर्तव्य**
  - **किस्ता रकमको भुक्तानी गर्नुपर्नेः** दफा ६३० मा उललेख भएअनुसार हायर पर्चेज करारमा भाडामा लिने व्यक्तिले किस्ताको रकम तिर्नुपर्ने निजको मुख्य कर्तव्य हो। हायर पर्चेज करारमा उल्लेख भएअनुसारको रकम तोकिएको मिति र तरिकाबाट वस्तुको धनीलाई किस्ता रकम वुझाउनुपर्दछ।
  - **वस्तुको उचित मर्मत सम्भार र हेरविचार गर्नुपर्नेः** हायर पर्चेज करारअनुसार भाडामा लिने व्यक्तिले प्राप्त गरेको वस्तुको स्थिति स्वामित्व हस्तान्तरण नभएसम्म नासो सरह हुन्छ। सो वस्तुलाई आफ्नै वस्तु सरह मनासिव हेरविचार र सम्भार गर्नुपर्ने कर्तव्य भाडामा लिने व्यक्तिको हो।[189]
  - **वस्तुको जानकारी धनीलाई दिनुपर्नेः** हायर पर्चेजमा लिएको सामानको वास्तविक धनी भाडामा दिने व्यक्ति नै हुन्छ। तसर्थ वस्तुको धनीले हायर पर्चेज करारअनुसार भाडामा दिएको वस्तु तथा सो वस्तुबाट प्राप्त हुने लाभको अवस्था कस्तो अवस्थामा छ भन्ने विषयमा भाडामा लिने व्यक्तिसँग जानकारी माग्ने अधिकार राख्दछ। यस्तो जानकारी माग भएमा सोको विवरण पन्ध्र दिनभित्र वस्तुधनीलाई दिनु भाडामा लिने व्यक्तिको कर्तव्य हो।[190]

- **हायर पर्चेज करारका विषयमा अदालतमा पर्न सक्ने विवादहरुः**

  सामान्य अवस्थामा वस्तु विक्रीसम्बन्धी करारको नियमअनुसार नियमित हुने करारलाई हायर पर्चेजको विशेष नियम लागू हुने गरी कानून वनाउनुको एउटा उद्देश्य उपभोक्तलाई हुन सक्ने अनावश्यक शोषणवाट रोक्नु पनि हो। देवानी संहितामा पनि यो उद्देश्यवाट वनेको केही व्यवस्थाहरु छन्। जस्तै दफा ५२५ मा हायर पर्चेज करारमा हुनुपर्ने आवश्यक शर्तहरुको उल्लेख गरिएको छ। कुनै कारणवाट उल्लेख हुनुपर्ने कुनै शर्तहरू उल्लेख नभई हायर पर्चेज करार भएकोमा भाडामा लिने व्यक्तिले त्यस्तो करार रद्द (रिस्साइण्ड) गराउन उजुर गर्न पाउने व्यवस्था गरिएको छ। कुनै शर्त करारमा उल्लेख नभएको कारणले भाडामा लिने व्यक्तिलाई प्रतिकूल असर पर्ने देखेमा अदालतले त्यस्तो करार रद्द गर्न वा उपयुक्त ठहराएको अन्य कुनै आदेश जारी गर्न सक्नेछ[191] भन्ने व्यवस्था

---

[185] थप चर्चाको लागि माथि उल्लिखित वस्तुधनीको कर्तव्यमध्ये भाडामा लिने व्यक्तिले हक हस्तान्तरण गर्न स्वीकृति मागेमा दिनुपर्ने कर्तव्य हेर्नुहोस्।

[186] देवानी संहिता दफा ६२४(१)(घ)।

[187] ऐजन दफा ६३५(३)।

[188] यस बारेमा विस्तृत परिचर्चाका लागि माथि उल्लिखित हायर पर्चेज करार अन्त्य हुने अवस्थाहरू हेर्नुहोस्।

[189] ऐजन दफा ६२९।

[190] ऐजन दफा ६३५।

[191] ऐजन दफा ६२५ उपदफा(३)।

गरिएको छ। अदालतको यो दफाअनुसारको अधिकारक्षेत्र व्यापक रहेको छ। यसको प्रयोग गर्दा उपभोक्तलाई शोषण हुनवाट रोक्ने गरी गर्न आवश्यक देखिन्छ। यसैगरी दफा ६३३(३)पनि अदालतलाई व्यापक स्विवेकीय अधिकार प्रदान गरेको छ। समान्यतया करारको एउटा पक्षको सहमतिले मात्र अर्को पक्षले करारअनुसारको हक वा दायित्व हस्तान्तरण गर्न सक्दछ। तर हायर पर्चेज करारका हकमा मनासिव कारणबाहेक भाडामा लिने व्यक्तिको हक तथा दायित्व हस्तान्तरण गर्न भाडामा लिने व्यक्तिले सहमति मागेमा वस्तुको धनीले इन्कार गर्न नसक्ने जस्तो देखिन्छ। सहमतिको लागि लिखित रुपमा निवेदन दिएमा पन्ध्र दिनभित्र असहमतिको जानकारी दिएमा वा कुनै जानकारीसमेत नदिएमा असहमति दिएको मानी त्यस्तो इन्कारी बदर गराउन पैंतीस दिनभित्र अदालतमा नालिस गर्न पाउने व्यवस्था गरिएको छ। अदालतले त्यस्तो इन्कारी मनासिब नभएको आदेश दिन सक्ने तथा त्यस्तो आदेश गरेमा वस्तुधनीबाट भाडामा लिने व्यक्तिले हक तथा दायित्व हस्तान्तरण गर्न स्वीकृति प्राप्त गरेको मानिन्छ। अदालतले इन्कारी मनासिव हो वा होइन भन्ने निर्णयमा पुग्दा तेश्रो पक्षले वस्तुधनीप्रतिको दायित्व निर्वाह गर्न सक्ने क्षमता भएको वा नभएको तथा भाडामा सामान लिने व्यक्तिलाई इन्कारीवाट पर्न सक्ने मर्कासमेतलाई विचार गर्नुपर्ने देखिन्छ।

५. लिज करारः

- **लिज करारको परिभाषाः** करारमा सम्पत्तिको धनीले आफ्नो स्वामित्वको सम्पत्ति निश्चित अवधिका निमित्त निश्चित भाडा लिने गरी अर्को व्यक्तिलाई प्रयोग गर्न दिन्छ। लिज करारको मुख्य कुरा सम्पत्ति धनीले सम्पत्ति लिजमा दिएबापत एक निश्चित रकम भाडाबापत पाउनु र लिज प्राप्तकर्ताले तोकिएको अवधिसम्म सो सम्पत्तिको प्रयोग गर्न पाउनु हो। लिज करारका शर्तअनुसार यसलाई विभिन्न वर्गमा राख्न सकिन्छ।[192]

देवानी संहिताको दफा ६१० मा लिज करारको समान्य परिभाषा गरिएको छ। सो दफाको उपदफा (१) मा, "कुनै व्यक्तिले आफ्नो हक र स्वामित्वमा रहेको कुनै वस्तु अर्को व्यक्तिलाई नियमित बहाल पाउने शर्तमा कुनै निश्चित अवधिका लागि भोगचलन गर्न र त्यसबाट प्राप्त हुने लाभ प्रयोग गर्न दिने गरी करार भएकोमा लिज करार भएको मानिनेछ।" भन्ने उल्लेख गरिएको छ। यस उपदफाको स्पष्टिकरणले वस्तुको परिभाषा गरेको छ। यसअनुसार "वस्तु" भन्नाले नमासिकन उपभोग, भोगचलन वा प्रयोग गरी लाभ लिन सकिने कुनै पनि सम्पत्ति सम्झनुपर्छ। यो परिभाषाअनुसार घर जग्गा जस्ता अचल सम्पत्ति पनि लिज करारको प्रयोजनका निमित्त वस्तु मानिन्छ। भोगचलन गर्दा नष्ट हुने वा उपभोग्य वस्तुलाई लिजमा दिन सकिने छैन[193] भन्ने व्यवस्था भएकाले त्यस्ता वस्तु लिज कराको विषय हुन सक्दैनन्। सवारी साधन तथा औद्योगिक मेसिनरीका समान भने लिजमा लिन दिन सकिने सामान हुन्।

---

[192] https://www.investopedia.com/terms/l/lease.asp.

[193] देवानी संहिता दफा २१० (३)।

- **घर भाडाको हकमा बिशेष व्यवस्था लागू हुने:** संहिताको दफा ६२२ मा घर वहाल सम्बन्धमा लिज करारको व्यवस्था लागू हुने नभई भाग ४ को परिच्छेद ९ मा व्यवस्था भएका घर वहालसम्बन्धी व्यवस्था लागू हुने कुरा उल्लेख गरिएको छ। सामान्य दृष्टिबाट हेर्दा घर जग्गाको लिज र घरभाडाको परिभाषा एउटै किसिमको देखिन्छ। यी दुइवटाको फरकका विषयमा संहितामा स्पष्ट सीमाङ्कन गरिएको देखिँदैन। घर भाडा र लिजलाई सामान्य अर्थमा छुट्याउँदा पारिवारिक वसोवासको निमित्त उपयोग गर्ने प्रयोजनको लागि घर जग्गा भाडामा लिने कार्यलाई घर वहाल र व्यापारिक प्रयोजनका निमित्त भाडामा लिने कार्यलाई घर वहाल र व्यापारिक प्रयोजनका निमित्त भाडामा लिने कार्यलाई लिज भनी अर्थ गर्नुपर्ने देखिन्छ।
- **लिजदाताको कर्तव्य:**
  - **भोग चलनका लागि उपयुक्त वस्तु हस्तान्तरण गर्ने:** दफा २१० ले लिज करार अन्तर्गत लिजदाता (लेस्सर) को लिज प्राप्तकर्ता (लेस्सी) का तर्फ लक्षित अधिकारहरू उल्लेख गरिएको छ। करारमा निम्न विषयहरुमा कुनै कुरा उल्लेख नभएमा पनि लेस्सरका यी कर्तव्यहरु कानूनअनुसार स्वतः सिर्जना हुन्छन्। लेस्सरले लेस्सीलाई देहायको कुरा सुनिश्चित गराउनु पर्ने निजको मुख्य कर्तव्य हो। करारमा अन्यथा उल्लेख भएका अवस्थामा भने सोही व्यवस्थाहरू लागू हुन सक्दछन्।

    अ) करारको वस्तु करारबमोजिम भोगचलनका लागि हस्तान्तरण गर्ने,

    आ) हस्तान्तरण गरेको वस्तु हस्तान्तरण गर्दाका बखत भोगचलन वा प्रयोग गर्न सकिने गरी चालु हालतमा राख्ने,

    इ) हस्तान्तरण भएको वस्तु शान्तिपूर्वक तथा निर्वाध रूपमा भोगचलन वा प्रयोग गर्न सकिने व्यवस्था गर्ने।
  - **लिजमा दिएको वस्तु मर्मत सम्भार गर्नुपर्ने:** लिजमा दिएको वस्तुको मर्मत सम्भार कसले गर्ने भन्ने कुरा करारमा उल्लेख गर्न सकिन्छ। सो विषय करारमा उल्लेख नभएको अवस्थामा भने मर्मत सम्भार गर्नुपर्ने कर्तव्य लिजदाताको हुने कुरा दफा ६१३ मा उल्लेख गरिएको छ। लिजमा लिएको सम्पत्ति तत्काल मर्मत नगरी प्रयोग गर्न नसकिने भएमा भने लिज प्राप्तकर्ताले लिजदातालाई सो व्यहोरा जानकारी गराई आफैले मर्मत सम्भार गर्न सक्दछ। यस्तो रकम लिजदाताले शोधभर्ना गरी दिनुपर्दछ वा लिन वहालमा समायोजन गरिदिनुपर्छ।
  - **वस्तु उपयोग योग्य अवस्थामा ल्याउनु पर्ने:** लिजमा लिएको वस्तु वा त्यसको अंश कुनै कारणबाट नोक्सान भई वा कसैले खिचोला गरेका कारण लिज प्राप्तकर्ताले उपयोग गर्न नपाएमा सो वस्तु पूर्व अवस्थामा ल्याउन मर्मत सम्भार तथा कानूनी उपचार लिजदाताले गर्नुपर्दछ। दफा ६१४ को उपदफा (२) बमोजिम सो कार्य पन्ध्र दिनभित्र पूरा गर्नुपर्ने कुरा उल्लेख गरेको छ।
- **लिजदाताको अधिकार:**

अ. लिज वहाल प्राप्त गर्ने: लिज करार अन्तर्गतको लिजदाताको महत्वपूर्ण अधिकार लिज वहाल पाउने हो। करारमा उल्लिखित समयमा र तरिकाबाट निजले वहाल पाउँदछ। करारमा भाडा बुझाउने शर्त उल्लेख भएकोमा सोही समय र तरिकाबाट भाडा रकम बुझाउनु पर्दछ। करारमा त्यस्तो व्यहोरा

उल्लेख नभएका अवस्थामा भाडा बुझाउने सम्बन्धी नियम दफा ६१६ मा उल्लेख गरिएको छ। चल सम्पत्ति भए प्रत्येक महिनाको भोलिपल्ट, खेती गर्ने तथा घर बनाउने जस्ता प्रयोजनको निमित्त लिएको जग्गा भए प्रत्येक आर्थिक वर्ष अन्त्य भएको पन्ध्र दिनभित्र र अन्य वस्तु भए प्रत्येक पहिना अन्त्य भएको एक साताभित्र लिन वहाल बुझाउनु पर्दछ।

आ. लिजमा लिएको वस्तु फिर्ता गर्नेः कुनै पनि कारणबाट लिज करार अन्त्य भएको अवस्थामा सो करारको वस्तु लिज प्राप्तकर्ताबाट लिजदातामा फिर्ता आउनु पर्दछ। लिज प्राप्तकर्ताले करार अन्त्य भएको पैतीस दिनभित्र सामान फिर्ता गर्नुपर्ने व्यवस्था दफा ६१९ ले गरेको छ। अचल वस्तु भएमा भने करार अन्त्य भएको पैतीस दिनभित्र लिजदाताको सो सम्पत्ति माथि भोगचलनको हक कायम हुन्छ। वस्तुको स्वामित्व भने जहिले पनि लिजदातामा नै रहेको हुन्छ।

इ. लिज करार अन्त्य गर्न सक्नेः दफा ६२१ को उफदफा (१) ले लिजदाताले करार अन्त्य गर्न सक्ने अवस्थाहरु उल्लेख गरेको छ। लिज प्राप्तकर्ताले वहाल बुझाउनु पर्ने मितिपछिको ९० दिनसम्म वहाल नबुझाएमा, लिनको उद्देश्य विवरीत प्रयोग गरेमा, वस्तुमा भएको हानि नोक्सानी आदि जानकारी नगराएमा तथा लिजदाताको स्वीकृति विना तेस्रो पक्षलाई सव लिजमा दिएमा लिजदाताले लिज करार अन्त्य गर्न पाउँदछ।

ई. क्षतिपूर्ति भराई लिन पाउनेः लिज प्राप्तकर्ताले लिजमा लिएको वस्तुको प्रकृतिअनुसार पर्याप्त सुरक्षाका उपायहरु अवलम्वन गरी प्रयोग गर्नुपर्दछ। प्रयोगमा भएको असावधानी वा हेलचक्र्याइबाट वस्तु नष्ट भएमा वा मूल्य कम भएमा लिजदाताले लिज प्राप्तकर्ताबाट क्षतिपूर्ति भराई लिन पाउने व्यवस्था दफा ६१५ ले गरेको छ। तर विपद् (फोर्स मेजर) को कारणबाट हानि नोक्सानी भएमा लिज प्राप्तकर्ता जवाफदेही हुदैन।

- **लिज प्राप्तकर्ता व्यक्तिको कर्तव्य**

  देवानी संहिताका विभिन्न दफाहरुको व्यवस्थाअनुसार लिजमा लिने व्यक्तिका निम्नानुसारका कर्तव्यहरु छन्ः

  - **लिजमा लिएको वस्तु असल नियतवाट प्रयोग गर्नुपर्नेः** लिजमा वस्तु लिएको व्यक्तिले सो वस्तु आफ्नै सम्पत्ति सरह असल नियतले विवेकपूर्ण ढंगबाट लिजको उद्देश्य अनुरुप प्रयोग गर्नुपर्दछ।[194]
  - **लिजमा लिएको वस्तुको स्वरुप परिवर्तन गर्न नहुनेः** लिज प्राप्तकर्ताले लिज वस्तुधनीको स्वीकृति विना लिजमा लिएको वस्तुको मौलिक स्वरुपको परिवर्तन हुँदैन। तर आवश्यक मर्मत सम्भार तथा जिर्णोद्धारसम्म गर्न सकिन्छ।[195]
  - **लिजमा लिएको वस्तुको मर्मत सम्भार गर्नुपर्नेः** करारमा लिज प्राप्तकर्ताले लिजमा लिएको वस्तु मर्मत सम्भार गर्नुपर्ने व्यहोरा उल्लेख भएको अवस्थामा मात्र मर्मत सम्भार गर्नुपर्ने कर्तव्य लिज प्राप्तकर्ताको

[194] ऐजन दफा ६१२।

[195] ऐजन दफा ६११।

हुन्छ। करारमा यस विषयमा केही उल्लेख नभएको अवस्थामा भने मर्मत सम्भार गर्ने प्राथमिक दायित्व लिजदाताको हो।[१९६]

- **वस्तु उपभोगयोग्य नभएमा लिजदातालाई जानकारी गराउनु पर्नेः** लिजमा लिएको वस्तु पूर्ण रुपमा वा त्यसको केही अंश कुनै कारणबाट हानि नोक्सानी भएमा वा कुनै कारणले भोगचलन वा प्रयोगयोग्य नभएमा त्यसको जानकारी तुरुन्त लिजदातालाई लिज प्राप्तकर्ताले गराउनु पर्दछ। त्यसैगरी सो वस्तुउपर कसैले कुनै दावी वा खिचोला गरेमा समेत लिजदातालाई जानकारी गराउनु पर्दछ।[१९७]
- **हानि नोक्सानी हुनबाट वचाई वस्तु प्रयोग गर्नुपर्नेः** लिजमा लिएको वस्तु हानि नोक्सानी हुनबाट बचाउन पर्याप्त सुरक्षाका उपायहरु अवलम्वन नगरी वस्तु प्रयोग गरेका कारणबाट हुन गएको हानि नोक्सानीको जिम्मेवारी लिज प्राप्तकर्ताको हुन्छ।[198]
- **लिज वहाल भुक्तानी गर्नुपर्नेः** लिजमा लिएको वस्तुबापतको लिज रकम समयमा भुक्तानी गर्नु लिज प्राप्तकर्ताको प्राथमिक कर्तव्य हो।[199]

- **लिजप्राप्तकर्ताको अधिकारः**

- **लिज वहाल घटाउन पाउनेः** संहिताको दफा ६१६ को उपदफा (३) ले लिजमा लिएको सम्पत्तिमा तेस्रो पक्षले खिचोला गरी लिज प्राप्तकर्तालाई सो वस्तुको कुनै अंश पूर्ण रुपमा भोगचलन गर्नबाट रोक लगाएमा हुने परिणम उल्लेख गरिएको छ। यस्तो अवस्थामा लिज प्राप्तकर्ताले आफूले प्रयोग गर्न नपाएको वस्तुको अंशका आधारमा समानुपातिक रुपमा वहाल घटाउन सक्ने अधिकार दिएको देखिन्छ।
- **लिज वहाल घटाउन पाउनेः** संहिताको दफा ६१६ को उपदफा (३) ले लिजमा लिएको सम्पत्तिमा तेस्रो पक्षले खिचोला गरी लिज प्राप्तकर्तालाई सो वस्तुको कुनै अंश पूर्ण रुपमा भोगचलन गर्नबाट रोक लगाएमा हुने परिणाम उल्लेख गरिएको छ। यस्तो अवस्थामा लिजप्राप्तकर्ताले आफूले प्रयोग गर्न नपाएको वस्तुको अंशका आधारमा समानुपातिक रुपमा वहाल घटाउन सक्ने अधिकार दिएको देखिन्छ।
- **लिजमा लिएको वस्तु प्रयोग गर्नेः** लिज प्राप्तकर्ताको मुख्य अधिकार लिजको वस्तु प्रयोग गर्न पाउने हो। प्रयोग गर्न सकिने अवस्थामा रहेको तथा शान्तिपूर्ण रुपमा प्रयोग गर्न सकिने वस्तु लिजदाताले लिज प्राप्तकर्तालाई हस्तान्तरण गर्नुपर्दछ।
- **लिज करार अन्त्य गर्न सक्नेः** दफा ६२१ को उपदफा (२) मा लिज प्राप्तकर्ताले लिज करार अन्त्य गर्न पाउने अवस्था उल्लेख गरिएको छ। सो व्यवस्थाअनुसार जुन उद्देश्यले वस्तु लिजमा लिएको हो सो उद्देश्यको लागि वस्तु भोगचलन वा उपभोग गर्न नसकिने भएमा, लिजदाताले मर्मत सम्भारको रकम

[196] ऐजन दफा ६१३।

[197] ऐजन दफा ६१४।

[198] ऐजन दफा ६१५।

[199] ऐजन दफा ६१६।

शोधभर्ना वा बहालमा समायोजन गरी नदिएमा तथा वस्तु आँशिक रुपमा नोक्सान भएमा वा उपभोग गर्न नपाएका अवस्थामा भाडा घटाई नदिएमा लिज प्राप्तकर्ताले करार अन्त्य गर्न पाउँदछ।

- **लिज करार वहाल रहने अवधिः** सामान्यतया लिज करारको अवधि करारका पक्षहरुले निर्धारण गरेबमोजिम हुने हो। तर कतिपय अवस्थामा कानूनले करारको अधिकतम अवधि निर्धारण गरेको हुन्छ। त्यस्तो अवस्थामा पक्षहरुले धेरै अवधिसम्म करार वहाल रहने कुरा उल्लेख गरेको भए पनि कानूनले तोकेभन्दा वढी अवधिका हकमा अदालतले त्यस्ता करार वहाल गराउँदैन। संहितामा लिज करारको विषयवस्तुका आधारमा देहायबमोजिम अधिकतम अवधि तोकिएको छ।[200]
- घर निर्माण गर्न लिइएको घरजग्गा वा घर निर्माण भई भोगचलनमा रहेको घरजग्गा भए पैंतीस वर्ष,
- सुविधाभार (सर्भिच्यूडस्) को प्रयोजनको लागि लिइएको जग्गा भए पैंतिस वर्ष,
- औद्योगिक संरचना वा सडक, नहर, विद्युत् उत्पादन जस्ता पूर्वाधार संरचना निर्माण, विकास तथा सञ्चालनका लागि लिइएको जग्गा भए चालिस वर्ष,
- खेती गर्ने जग्गा भए बिस वर्ष,
- माथि उल्लिखित प्रयोजनबाहेक अन्य प्रयोजनको लागि लिइएको घरजग्गा भए उन्नाईस वर्ष,
- सवारी साधन भए पन्ध्र वर्ष,
- सवारी साधनबाहेकका अन्य यान्त्रिक उपकरण भए पन्ध्र वर्ष,
- प्रकरण ६ र ७ मा लेखिएबाहेकका अन्य उपकरण भए पन्ध्र वर्ष,
- घरपालुवा जनावर भए दश वर्ष,
- यस दफामा लेखिएदेखि बाहेकका अन्य वस्तु भए त्यस्तो वस्तुको आयु तथा प्रकृति हेरी दश वर्ष।

वहालमा लिने अधिकतम अवधि विस्तार हुन सक्नेः

विधायिकाले विभिन्न किसिमका सम्पत्तिहरुका सम्वन्धमा गरिने करारको अवधि उल्लेख गरेको भए पनि पक्षको सहमतिबाट करारको अवधि समाप्त हुनुभन्दा पहिले नै करारको अवधि विस्तार गर्न सक्दछन्।[२०१]

- **हायर पर्चेज र लिज करारमा फरक तथा अन्तरसम्वन्धः** हायर पर्चेज र लिज करार दुवैमा एउटाको स्वामित्वमा भएको सम्पत्ति अर्को व्यक्तिले प्रयोग गर्ने व्यवस्था हुन्छ। यसैगरी सामान्यतया मासिक रुपमा सम्पत्तिको मालिकलाई सम्पत्ति प्रयोगकर्ताले रकम भुक्तानी गर्ने अवस्था पनि रहेको हुन्छ। यी दृष्टिकोणबाट दुइवटा करारमा समानता देखिए तापनि आधारभूत रुपमा नै हायर पर्चेज र लिज कराहरु फरक छन्। यी दुई कुराहरुमा निम्न अनुसारको फरक देख्न सकिन्छः-
- हायर पर्चेज करारको उद्देश्य वस्तुको स्वामित्व प्रयोग गर्ने व्यक्तिमा हस्तान्तरण गर्नु हो। सो हस्तान्तरणलाई पछि सारिने भए पनि हायरपर्चेजमा वस्तु लिने व्यक्तिले स्वामित्व पाउने व्यवस्था हुन्छ। लिज करारको उद्देश्य भनेको वस्तु प्रयोग गरेपछि अन्तिममा धनीलाई फिर्ता दिने हो।

---

[200] ऐजन दफा ६१५ उपदफा (१)।

[201] ऐजन दफा ६१७ को उपदफा (२)।

- लिज करार चल वा अचल दुवै किसिमका वस्तुमा हुन सक्दछ। उपभोग गर्दा नासिने वा सकिने किसिमका चल वस्तु मात्र लिजमा लिन दिन मिल्दैन। हायर पर्चेजमा भने चल सम्पत्ति मात्र लिन दिन सकिन्छ। उपयोग गर्दा नासिने वस्तु पनि हायर पर्चेजमा लिन मिल्दैन।
- लिज करारमा पनि लिजको सम्पत्ति लिजको अवधि समाप्त हुने अवस्थामा वा सोभन्दा पहिले पनि दुवै पक्षको सहमतिअनुसार लिजमा लिने व्यक्तिलाई हस्तान्तरण गर्न सकिने प्रावधान रहेको हुन सक्दछ। सम्पत्ति हस्तान्तरणमा दुवै पक्षको सहमति आवश्यक हुने शर्तका कारण लिजमा लिने व्यक्तिले सम्पत्तिमा हक कायम गराउन पाउने अधिकारको सिर्जना गरेको मान्न मिल्दैन। हायर पर्चेज करारमा भने करारका शर्तअनुसार अन्तिम किस्ताको रकम तिरेका अवस्थामा वस्तुको स्वामित्व निजकोमा सर्दछ। धनीले आवश्यक पूर्व शर्त पूरा गरी हस्तान्तरण नगरी दिएमा अदालतबाट हस्तान्तरण गराई पाउने अधिकार हुन्छ।
- दफा ६२४(२) ले हायर पर्चेज करार लिखित रुपमा गर्नुपर्ने कुरा अनिवार्य गरेको छ। लिखित रुपमा नभएको हायर पर्चेज करारलाई अदालतवाट कार्यान्वयन गराउन सकिँदैन। दफा ६२० अनुसार अचल सम्पत्तिको लिज करार लिखित रुपमा हुनुपर्दछ। अचल सम्पत्तिको लिजको अवधि दश वर्षभन्दा वढी अवधिको भए सो लिखतलाई कानूनबमोजिम अधिकारप्राप्त नियकायमा दर्तासमेत गराउनु पर्दछ। चल सम्पत्तिको लिज भने लिखत नभइकन पनि हुन सक्ने देखिन्छ।
- हायर पर्चेज करारका विषयमा नागरिक वा गैरनागरिकका बीचमा कुनै भेद गरिएको छैन। तर नेपालभित्र अचल सम्पत्तिको स्वामित्व प्राप्त गर्न नसक्ने व्यक्तिलाई खेती, घर निर्माण वा घरजग्गा विकास गर्ने प्रयोजनका लागि अचल सम्पत्ति लिजमा दिन नेपाल सरकारको पूर्व स्विकृति आवश्यक पर्दछ।[202]
- कर प्रयोजनको निमित्त हिसाव गर्दा हायर पर्चेजको किस्ता रकम सामान लिनेले खर्चका रुपमा लेख्न पाउँदछ तथा लिज करारमा लिजमा लिनेले तिरेको भाडा रकम खर्च लेख्न पाउँदछ। हायर पर्चेजमा वस्तु भाडामा लिने व्यक्तिले ह्रास कट्टि खर्च लेख्न पाउँदछ तर लिजमा लिएको वस्तुको ह्रास कट्टि खर्च वस्तुधनीले लेख्न पाउँदछ। वस्तु भाडामा लिनेले पाउँदैन।[203]

६. निष्कर्षः

हायर पर्चेज र लिज करार हाम्रो व्यवहारमा नयाँ कुरा होइनन्। व्यवहारमा यी व्यवस्थाहरु प्रयोगमा आइसकेका छन्। मौजुदा करार कानूनमा यी करारसम्बन्धी छुट्टै व्यवस्था नभएका कारण यी विषयहरु पनि सामान्य नियमहरु अनुसार नियमित गरिन्छ। देवानी संहितामा लिज र हायर पर्चेज करारलाई छुट्टाछुट्टै करार मानी विशेष व्यवस्था गरिएकाले अदालतमा पर्ने विवाद समाधानका क्रममा उक्त विशेष व्यवस्थाहरुको व्याख्या र विश्लेषण आवश्यक हुन्छ। विशेष व्यवस्थाले नसमेटेको अवस्थामा भने करार

[202] देवानी संहिता दफा ६२० (३)।

[203] माननीय न्यायाधीश अनिल कुमार सिन्हाले राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठानद्वारा आयोजित फौजदारी संहिता तथा देवानी संहिताको प्रशिक्षक प्रशिक्षण कार्यक्रमको सत्र सहजीकरणको क्रममा भएको पावरप्वाइन्ट प्रस्तुति उल्लेख भएअनुसार।

कानूनका सामान्य नियमहरुबाट नै विवादको निरुपण गर्नुपर्ने हुन्छ। खासगरी हायर पर्चेज करारका विषयमा अदालतबाट तत्काले विशेष प्रकृतिका आदेशहरुसमेत जारी गर्नुपर्ने विधायिकी व्यवस्था छ। यस्ता विवादमा उपभोक्ता संरक्षण गर्ने तर्फ लक्षित कानूनी व्यवस्थाहरुको विश्लेषण गर्नेतर्फ संवेदनशील हुन आवश्यक देखिन्छ।

भाग २

दुष्कृति सम्बन्धी कानून

संविधान, क्षतिपूर्ति र दुष्कृति

डा. आनन्द मोहन भट्टराई*

१. विषय प्रवेश

वर्तमान नेपालको संविधानका महत्त्वपूर्ण व्यवस्थाहरुमध्ये मौलिक हकको व्यवस्था एक हो । संविधानमा नागरिक र राजनीतिक अधिकार मात्र होइन आर्थिक, सामाजिक र सांस्कृतिक अधिकारहरुलाई समेत प्रचलनीय अधिकारको रुपमा स्वीकार गरेर नेपालले मानव अधिकारहरुलाई उच्च महत्त्व दिने मुलुकहरुको पङ्तिमा आफूलाई उभ्याएको छ । हकहरुमध्ये केही हकहरुको उल्लंघन हुँदा क्षतिपूर्ति पाउने व्यवस्था संविधानमा नै गरिएको छ। उदाहरणको लागि संविधानमा अपराध, यातना, गैरकानूनी निवारक नजरवन्द, जातीय छुवाछुतको व्यवहार, बेचबिखन, दास बाँधा बनाउने वा इच्छा विपरीत काममा लगाउने कार्य, महिला हिंसा, बाल हिंसा र दुर्व्यवहारका कार्यहरुलाई दण्डनीय भन्दै त्यस्ता कार्यद्वारा पीडित व्यक्तिले क्षतिपूर्ति पाउने व्यवस्था गरिएको छ[1]। सैद्धान्तिक रुपमा दण्डनीय भनिएका कार्यहरु फौजदारी प्रकृतिका कार्य मानिन्छन्। त्यसैले त्यस्ता कार्यहरुमा प्रदान गरिने क्षतिपूर्तिलाई फौजदारी कानूनको नजरबाट हेर्न सकिने हुन्छ। त्यसैगरी हकको उल्लंघनलाई दण्डनीय भनिएको तर क्षतिपूर्तिबारे उल्लेख नभएको अवस्थामा पनि त्यस्ता दण्डनीय कार्यहरुलाई फौजदारी कानूनकै रोहबाट हेरी कानूनबमोजिम क्षतिपूर्तिसहितको न्याय प्रदान गर्न सकिने नै हुन्छ।[2] त्यस्ता फौजदारी प्रकृतिका कार्यहरुको अतिरिक्त वर्तमान संविधानमा "वातावरणीय प्रदुषण र ह्रासबाट हुने क्षतिवापत" पीडित व्यक्तिले कानूनबमोजिम क्षतिपूर्ति पाउने हक पनि प्रत्याभूत गरिएको छ[3]। यो हानिको अर्को पक्ष हो। वातावरणीय प्रदुषण र ह्रासको कार्य फौजदारी प्रकृतिको नहुँदा नहुँदै पनि सम्बन्धित पक्षलाई गम्भीर हानि पुगेको हुन सक्छ। कहिलेकाहीँ राज्य संयन्त्रले दोषरहित दायित्व (No Fault Liability) पनि बेहोर्नुपर्ने हुन सक्छ। यस अतिरिक्त पनि संविधानमा शिक्षा, स्वास्थ्य, रोजगारी, श्रम, खाद्य, आवाससम्बन्धी हकहरु प्रत्याभूत गरिएका छन्। त्यसैगरी महिला, बालबालिका, अपाङ्ग, जेष्ठ नागरिकका हकहरु पनि संविधानमा प्रत्याभूत गरिएका छन्। यी हकहरुको रक्षा, सम्मान र उपभोगको सुनिश्चितता गर्न पनि राज्यले दायित्व लिनुपर्ने हुन्छ।

संविधानमा प्रत्याभूत कतिपय हकहरुको कार्यान्वयनको लागि व्यवस्थापिकाद्वारा कानून निर्माण भैसकेको अवस्था छ[4] भने कतिपयमा कानून निर्माण गरिनुपर्ने आवश्यकता हुन सक्छ। तर कानून वनिसकेको

---

* माननीय न्यायाधीश, सर्वोच्च अदालत नेपाल । प्रस्तुत आलेखमा आफ्नो प्रतिक्रिया दिनु भएकोमा सहकर्मी माननीय न्यायाधीश श्री हरि फुयाललाई विशेष धन्यवाद दिन चाहन्छु । साथै लेख पटक पटक पढी भाषा सुधार गर्न मद्दत गर्नु भएकोमा शाखा अधिकृत श्री किर्ति थापाको सह्राना गर्न चाहन्छु ।

1 नेपालको संविधान, धारा २१(२), २२(२), २४(५), २९(५), ३९(३), ४०(१०)।

2 उदाहरणको लागि जवरजस्ती धर्मान्तरणलाई संविधानले दण्डनीय भनेको छ तर क्षतिपूर्ति वारे बोलेको छैन। हेर्नुहोस् नेपालको संविधान, धारा २६(३)।

3 नेपालको संविधान, धारा ३०(२)।

4 उदाहरणको लागि भूमिसम्बन्धी ऐन, २०२१ सार्वजनिक सुरक्षा ऐन, २०४६, वातावरण संरक्षण ऐन, २०५३, जातीय भेदभाव तथा छुवाछुत (कसुर र सजाय) ऐन, २०६८ मा संविधान जारी भएपछि संशोधनहरु गरिएका छन् भने केही नयाँ ऐन जस्तै अपाङ्गता भएका व्यक्तिको अधिकारसम्बन्धी ऐन, २०७४, सुरक्षित मातृत्व

अवस्था होस् वा नहोस्, हकहरु हनन् भएको वा सरकारी अकर्मण्यता वा हेलचेत्र्याइँ (Omission/misfeasance) का कारण व्यक्तिलाई हानि पुगेको अवस्थामा सो कुरालाई समेत मध्यनजर गरी उपयुक्त उपचार प्रदान गरिनुपर्ने हुन्छ। संविधानको धारा ४६ मा संवैधानिक उपचारलाई पनि मौलिक हकको रुपमा राखिएको हुँदा उपचारविहीनताको स्थितिलाई संविधानले नै अस्वीकार गरेको अवस्था नेपालमा छ। संविधानको धारा १३३(२) मा सर्वोच्च अदालतलाई "उपयुक्त आदेश जारी गर्ने, उचित उपचार प्रदान गर्ने" अधिकार प्रदान गरिएको कारण पनि सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले व्यक्तिको अधिकार उल्लंघन गरी क्षति पुऱ्याएको अवस्थामा उनीहरुको दायित्व निर्धारण गरी उपचार प्रदान गर्न सकिन्छ। यसै सन्दर्भमा त्यस्तो दायित्व निर्धारणका आधार के हुन सक्छन्, के मापदण्ड र आधारमा क्षतिपूर्ति प्रदान गरिन सक्छ, सार्वभौम उन्मुक्तिको सिद्धान्त (Principle of Sovereign Immunity) लाई अब कसरी बुझ्नुपर्ने हो भन्ने प्रश्न पनि उत्पन्न भएका छन्। त्यसैगरी दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था संविधान प्रदत्त हकहरुको उल्लंघन हुँदा प्रदान गरिने उपचारको सैद्धान्तिक र व्यावहारिक आधार वन्न सक्छ वा सक्दैन, के संविधानमा उल्लिखित क्षतिपूर्तिको व्यवस्थालाई दण्ड कै स्वरुपमा बुझ्नु जरुरी छ वा यसलाई दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको रोहमा बुझ्न सकिन्छ भन्ने सैद्धान्तिक प्रश्नहरु पनि उठेका छन्। त्यसैले प्रस्तुत आलेखमा संवैधानिक दुष्कृतिको अवधारणा, यस सम्बन्धमा तुलनात्मक कानूनमा गरिएको व्यवस्था, हाम्रो संविधानको परिवेश र फौजदारी र देवानी कानूनका व्यवस्थाहरुलाई नियालेर हेरी हाम्रो संवैधानिक र कानूनी गन्तव्य र कार्यदिशाको बारेमा पाठकहरुलाई स्पष्ट गर्ने कोसिस गरिएको छ।

२. संवैधानिक दुष्कृतिको अवधारणा

संवैधानिक दुष्कृतिको चर्चा गर्नुको अर्थ दुष्कृतिसम्बन्धी व्यवस्थाको संविधान सम्वध्दता बारे नियाल्नु होइन, वरु संविधानमा प्रत्याभूत गरिएका हकहरुको प्रचलनमा दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था कसरी सहायक हुन सक्छ, सो हेर्नु हो। "संवैधानिक दुष्कृति" त्यति प्रचलित अवधारणा होइन। तर यो शव्दावलीको प्रयोग संवैधानिक र मानव अधिकार कानूनद्वारा सृजित राज्यको दायित्वलाई दुष्कृतिसम्बन्धी अवधारणा र मानकको आधारमा हेर्न र वुझ्नको लागि गरिन्छ। झट्ट हेर्दा संविधान अन्तरगत राज्यको दायित्व र दुष्कृति अन्तर्गतको दायित्व दुई अलग अलग विषय जस्ता पनि देखिन्छन्। तर यी दुई बीच गहिरो सम्बन्ध रहेको पाइन्छ।

राज्य संयन्त्रले जनतासँगको सम्पर्क र व्यवहार अक्सर आफ्ना कर्मचारीहरु मार्फत गर्छ। यही सम्पर्कको क्रममा कर्मचारीहरुको व्यवहारबाट कहिलेकाहीँ उनीहरुलाई मर्का पर्ने वा हानि पुग्ने हुन्छ। कहीँ प्रहरी कर्मचारीले कुटपिट गरेको, अत्यधिक बल प्रयोग गरी पक्राउ गरेको, वदनियतपूर्वक मुद्दा चलाएको, बन्दी अवस्थामा आवश्यक सुरक्षा वा स्वास्थ्य रक्षा नगरेको हुन सक्छ भने कहीँ शारीरिक, मानसिक वा संवेगात्मक क्षति पुऱ्याएको वा बेइज्जतीपूर्ण सूचना वा विज्ञप्ति निकालेको हुन सक्छ। हानि पुऱ्याउने कार्य

तथा प्रजनन स्वास्थ्य अधिकार ऐन, २०७४, उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५, जनस्वास्थ्य ऐन, २०७५, आवासको अधिकारसम्बन्धी ऐन, २०७५, खाद्य अधिकार तथा खाद्य सम्प्रभूतासम्बन्धी ऐन, २०७५, वैयक्तिक गोपनीयतासम्बन्धी ऐन, २०७५, अनिवार्य तथा निशुल्क शिक्षासम्बन्धी ऐन, २०७५, रोजगारीको हकसम्बन्धी ऐन, २०७५, सामाजिक सुरक्षा ऐन, २०७५, अपराध पीडित संरक्षण ऐन, २०७५, बालबालिकासम्बन्धी ऐन, २०७५ जस्ता ऐनहरु नयाँ जारी भएका छन्।

सामान्य व्यक्तिले गरेको स्थितिमा कानूनबमोजिम सजाय गराउन राज्य संयन्त्रमा उजुर गर्ने वा दुष्कृति अन्तर्गत क्षतिपूर्ति भराउन मुद्दा चलाउन पनि सकिने हुन्छ। तर सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले कानूनको आडमा कुनै गल्ती गरेमा वा आफ्नो कर्तव्यको पालना नगरेमा के गर्ने, त्यसमा उसको के कस्तो र राज्यको के कस्तो प्रकृतिको दायित्व रहन्छ भन्ने प्रश्न उठ्छ।

कानून र व्यवस्था कायम गर्ने नाममा राज्यद्वारा हुने शक्तिको प्रयोगलाई विगतमा धेरै हदसम्म सहिएकोमा लोकतन्त्रको उदय र विशेषतः मानव अधिकार कानूनको विकाससँगै शक्तिको प्रयोगले संविधान र कानूनको दायरा नाघेकोमा प्रश्न उठाउन थालिएको र सरकारी पदाधिकारीहरुको कार्य दण्डात्मक प्रकृतिको नभएको अवस्थामा पनि हानि पुग्ने पक्षलाई क्षतिपूर्ति प्रदान गर्न थालिएको छ। यही कारवाहीलाई संवैधानिक दुष्कृति कानूनले संवोधन गर्छ। अर्थात सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले गरेको देवानी प्रकृतिको कार्य (Delict) वा अकर्मण्यता (Omission) को कारण हानि पुग्न गएको स्थितिमा सोलाई समेत दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको नजरबाट हेरी राज्यको दायित्वबारे चर्चा र विश्लेषण गर्न सकिन्छ।

दुष्कृतिसम्बन्धी संवैधानिक कानून वस्तुतः राज्यका कर्मचारीहरुद्वारा व्यक्तिका अधिकारमा हानि पुऱ्याइएको अवस्थामा राज्यले बेहोर्नुपर्ने अप्रत्यक्ष दायित्व (Vicarious liability) सँग सम्बन्धित छ। राज्यका कर्मचारीहरु वा अन्य सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले संविधान प्रदत्त हकमा हानि पुऱ्याएकोमा क्षतिपूर्ति भराउने व्यवस्थालाई संवैधानिक दुस्कृतिको व्यवस्थाले समेट्छ[५]। लेटिन भाषाको एउटा शव्दावली *quifacit per alium facit per se* i.e. He who acts through another does it himself यस सम्बन्धमा महत्त्वपूर्ण आधार र कारण बन्छ।

राज्यको दायित्वको कुरा गर्दा चर्चा गर्नुपर्ने विषय सार्वभौम उन्मुक्ति पनि हो। अर्थात राज्यको कार्यवाट व्यक्तिलाई पर्ने हानि सार्वभौम अधिकारको प्रयोग गर्दा सिर्जित भएको हुनु हुँदैन। सार्वभौम उन्मुक्ति राजाको दैविक शक्तिमा आधारित माध्यमिक कालको सोच हो। राजा भगवानको अवतार हुँदा उसले अधिकारको प्रयोग गर्दा कुनै गल्ती गर्दैन (King can do no wrong) भन्ने विश्वासले कानूनी व्यवस्थामा लामो समयसम्म मान्यता पायो। पछि यसलाई राज्यका अत्यावश्यक कार्यहरुसँग जोड्न थालियो । अर्थात राज्यका केही अत्यावश्यक कार्यहरु जस्तो राज्यको रक्षा गर्ने, कर उठाउने, कानून निर्माण र कार्यान्वयन गर्ने कार्य र न्याय दिने कार्यहरु हुन्छन् जुन सार्वभौम अधिकार अन्तर्गत पर्छन्। राज्यको अस्तित्व र सञ्चालनसँग जोडिएका यी कार्यहरु सम्पादन गर्ने क्रममा कसैलाई हानि पुग्न गएमा राज्यले कुनै दायित्व वेहोर्न पर्दैन; यो सार्वभौमिक उन्मुक्तिको परम्परागत मान्यता हो।

तर यसो भन्दै गर्दा वर्तमानमा मानव अधिकार कानूनको प्रभावको कारण एकातर्फ सार्वभौम अधिकारको प्रयोगको क्षेत्रलाई संकुचित बनाइएको र अर्कोतर्फ सार्वजनिक पदाधिकारीहरुको दायित्वको दायरालाई

[5] Muskan Rathore, *Constitutional Torts*, http://docs.manupatra.in/newsline/articles/Upload/9B324C96-43CF-4084-862C-C64993C753C7.pdf accessed Mar. 19, 2021.

बढाउँदै लगिएको कुरालाई विर्सन मिल्ने देखिँदैन। त्यसैले अब भने जहाँ अधिकारहरु छन् त्यहाँ उपचारको व्यवस्था अनिवार्य रुपमा रहन्छ। सरकारी अधिकारीहरुबाट कसैको अधिकारको उल्लंघन भै उसलाई हानि हुन गएको छ भने राज्यले दायित्व बेहोर्नुपर्छ। सार्वभौमिक उन्मुक्तिको नाउँमा मानव अधिकारको उल्लंघन गर्ने छुट कसैलाई हुँदैन। देशले अपनाएको कानुनी पद्धतिअनुसार राज्यको दायित्व प्रत्यक्ष वा परोक्ष जुन रुपको पनि हुन सक्छ, तर अधिकारको उल्लंघन हुँदा राज्य अवश्य जिम्मेवार हुन्छ। लोकतन्त्र र विधिको शासनका आधारभूत सिद्धान्तहरुले अनियन्त्रित उन्मुक्तिलाई सहदैनन् भन्ने कुरा करिव करिव सर्वस्वीकार्य बन्न पुगेको छ।

संवैधानिक दुष्कृतिको कुरा गर्दा दुष्कृतिसम्बन्धी अवधारणा बारे पनि स्पष्ट हुन जरुरी हुन्छ। वस्तुतः दुष्कृतिसम्बन्धी कानून देवानी प्रकृतिको कानून हो। यो व्यक्तिलाई शारीरिक वा मानसिक हानि पुगेको वा उसको सम्पत्ति वा कानूनद्वारा स्वीकार गरिएको स्वार्थ (Recognized Interest) मा हानि पुगेको अवस्थामा त्यस्तो क्षति भराउने कुरासँग सम्बन्धित छ। क्षतिपूर्ति त्यतिखेर गरिन्छ जब सो हानि अर्को पक्षको कारवाही योग्य गल्ती (Actionable Wrong) वा गर्नुपर्ने कार्य नगरेको अर्थात अकर्मण्यता (Omission) को कारण सृजित हुन्छ। दुष्कृतिमा हानिकर्ता (Tortfeasor) ले मनसायपूर्वक त्यस्तो कार्य नगरेको हुन सक्छ तर उसको कार्यमा हेलचेत्र्याइँ वा लापर्बाही छ भने क्षतिको पूर्ति गरिन्छ। क्षति भराउनको लागि सामान्य समझको व्यक्तिले पनि निर्दोस व्यक्तिलाई अनावश्यक रुपमा जोखिममा पार्‍यो भनी ठम्याएको अवस्था हुनुपर्छ। अर्थात त्यस्तो हानिकर्ता हानि न्यून गर्ने वा हानि नहुने स्थिति पार्ने कुरामा चुकेको हुन्छ। पुगेको क्षति पनि समुदायले यस्तो कुरा सामान्य हो भनी स्वीकार गर्ने भन्दा बढी गम्भीर खालको हुनुपर्छ।

यथार्थमा दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनले तीनवटा उद्देश्यहरु पूरा गर्छ। प्रथमतः, हुन गएको क्षति भराउँछ; दोस्रो, त्यस्तो हानि भर्नुपर्ने दायित्व न्यायको रोहमा जो उपर राखिनुपर्ने हो सो व्यक्ति उपर सीमित गर्छ; र तेस्रो, हानि भराउने क्रममा दोषी व्यक्तिको आर्थिक सामर्थ्य के कस्तो छ, जोखिम वितरण गर्न सकिने अवस्था छ वा छैन, दोषीले त्यस्तो कार्यबाट फाइदा लिएको छ वा छैन, दायित्व प्रत्यक्ष वा अप्रत्यक्ष के कस्तो छ, वा सार्वजनिक दायित्वको कारण दोषरहित दायित्व (No Fault Liability) बेहोर्नुपर्ने अवस्था पो छ कि, पीडितले दोषपूर्ण कार्यमा सहमति जनाएको अवस्था छ कि भन्ने आदि हेरिन्छ र क्षति भराइन्छ। तर यसो गर्दा कहिलेकाहीँ भविष्यमा यस्तो घटना सो व्यक्ति उपर वा अन्य कसै उपर पनि नघटोस् भन्ने धारणा राखी आवश्यक स्थितिमा उदाहरणीय रुपमा क्षतिपूर्ति (Exemplary Compensation) पनि भराउन सकिन्छ[6]।

दुष्कृतिमा कारबाही कुन कानून अन्तर्गत कुन निकायबाट गर्ने, त्यो अर्को महत्त्वपूर्ण पक्ष हो। कमन लका अनुयायी मुलुकहरुमा दुष्कृतिसम्बन्धी कानून समन्यायिक उपचारको एउटा आयामको रुपमा विकास भएको छ भने हामीहरु कहाँ कानूनमार्फत नै उपचार खोज्नुपर्ने कारणले दुष्कृति कानूनी जगमा नै उभिएको छ। दोस्रो कुरा, हानि व्यक्तिले गरेमा सामान्य दुष्कृतिसम्बन्धी कानून अन्तर्गत सामान्य अदालतहरुबाट क्षति

[6] EDWARD J. KIONKA, TORTS 1-28 (3rd ed., West Publication, 1999).

भराउने अवस्था हुन्छ। तर यदि यही हानि पुऱ्याउने कार्य राज्यका कर्मचारीहरुवाट भएको स्थितिमा त्यसलाई **संवैधानिक कानूनको नजरबाट** पनि हेर्न सकिन्छ र सर्वोच्च वा उच्च अदालत यसमा संलग्न हुने अवस्था पर्छ।

त्यसो भए संवैधानिक दुष्कृतिको अवधारणा कहाँ सान्दर्भिक हुन्छ त? भन्ने अर्को प्रश्न पनि यहाँ उब्जन्छ। यसको उत्तरमा के भन्न सकिन्छ भने जहाँ राज्यका पदाधिकारीहरुको कार्य वा अकर्मण्यता सार्वभौम उन्मुक्तिको दायरा वाहिर छ, जहाँ सो कार्य फौजदारी प्रकृतिको पनि होइन अर्थात् त्यस्ता अधिकारीहरुउपर फौजदारी कारबाही गर्न सकिने वा मिल्ने अवस्था छैन; हानिपुरण /परिपुरण उपचारको उपयुक्त व्यवस्था हुन सक्ने गम्भीर मानव अधिकारको उल्लंघनको अवस्था पनि यो होइन। यस्तोमा दुष्कृति मार्फत क्षतिपूर्ति भराउने कार्य उपयुक्त हुन्छ । यस्तोमा दायित्वको सिर्जना राज्य वा यससँग संलग्न सार्वजनिक पदाधिकारीहरुको कार्य वा अकर्मण्यताको कारण हुन गएको हुन्छ। जहाँ आर्थिक क्षतिपूर्ति नै उपचारको उपयुक्त माध्यम हुन सक्छ यस्तो उपचार प्रदान गर्ने र सो क्रममा क्षतिपूर्तिका आधार, मानक र मापदण्ड निर्धारण गर्नका लागि संवैधानिक दुष्कृतिको अवधारणा सान्दर्भिक हुन सक्छ।

यसै सन्दर्भमा विचार गर्नुपर्ने अर्को महत्त्वपूर्ण कुरा के छ भने हकको उल्लंघन हुँदा प्राप्त हुने सबै उपचार दुष्कृतिमा प्राप्त हुने उपचारको प्रकृतिसँग मिल्ने हुँदैनन् । उदाहरणको लागि अपराधको कारण व्यक्तिगत स्वतन्त्रता खोसिँदा, यातना, वा छुवाछुतसम्बन्धी वा सम्पत्तिको अधिकार उल्लंघन हुँदा क्षतिपूर्ति प्राप्त हुन सक्छ र त्यसको प्रकृति क्षति भराउने हदसम्म दुष्कृतिसँग मिल्न सक्छ, तर समानताको अधिकार, वा मतदानको अधिकार, वा संघसंस्था वा राजनीतिक दल खोल्ने हक वा सूचनाको हक वा आर्थिक सामाजिक अधिकारहरु जस्तो शिक्षा, भाषा संस्कृति, श्रम, स्वास्थ्य, आवास आदि हकहरुको प्रचलनमा घोषणात्मक फैसला र परमादेशहरु बढी कामयावी हुन्छन् ।[7] यस्तोमा दुष्कृतिसम्बन्धी कानून उपयोगी नहुन सक्छ। सार्वजनिक उत्तरदायित्वको पालनामा भएको गल्तीलाई लिएर क्षतिपूर्तिका जे जति आदेशहरु हुन्छन् ती सबैलाई दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको दृष्टिबाट मात्र हेरिनु सधैं उपयुक्त र व्यावहारिक नहुन पनि सक्छ। तथापि न्यूनतम रुपमा पनि दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनले व्यक्तिविरुद्धको मुद्दामा जे जस्ता कानूनी मार्ग र उपचार हानि पुगेको व्यक्तिलाई दिन्छ, राज्य, यसका निकाय वा पदाधिकारी संलग्न मुद्दामा त्यस्तै उपचार संवैधानिक दुष्कृति व्यवस्थाले दिन्छ र संवैधानिक उपचारको क्रममा उपयुक्त अवस्थामा दुष्कृतिका मानकहरु प्रयोग हुन सक्छन्।

३. संवैधानिक दुष्कृति र तुलनात्मक कानून

यद्यपि नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १७ (३) मा **"कसैले कसैको यस ऐनद्वारा प्रदत्त अधिकारमा आघात पारेमा अदालतले ठहर गरेबमोजिमको क्षतिपूर्ति आघात परेको व्यक्तिलाई दिनुपर्ने छ"**

---

[7] उदाहरणार्थ आधारभूत र आपतकालीन स्वास्थ्य सेवा अन्तर्गत कोभिड-१९ को परीक्षणसमेत पर्छ भन्ने घोषणा, र परमादेश हेर्नुहोस् *अधिवक्ता केशरजंग के.सी. समेत वि. स्वास्थ्य तथा जनसंख्या मन्त्रालय*, ०७७-०१३०, फैसला मिति २०७७।६।१५।५।

भन्ने व्यवस्था सुरुबाटै राखिएको र यो व्यवस्थाको प्रचलन गराउने अवसर *तुङ्ग शमशेरको मुद्दा*[8] ले अदालतलाई प्रदान गरेको पनि थियो। तर निवेदकको भरमग्दुर कोसिसको बाबजुद सर्वोच्च अदालतको वहुमतले यो अधिकारको प्रचलन गराएन। **"कानूनको अभावमा मृत व्यक्तिका हकवालाहरू अधिकार आघात भएको व्यक्ति मानिन नसक्ने हुनाले अधिकार हनन् भएकोमा मृत व्यक्तिको ज्यानबापतको क्षतिपूर्ति हकवालाले दावी गर्न पाउने अधिकार नरहने**" भन्ने सो मुद्दामा वहुमतको धारणा रह्यो। यसरी संवैधानिक दुष्कृतिबारे व्याख्या गर्ने र दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको नेपालमा विकास गराउने एउटा अवसर सर्वोच्च अदालतले गुमायो। अब भने परिस्थिति वदलिएको छ। केही नयाँ संवैधानिक एवं कानूनी व्यवस्थाहरु निर्माण भएका र सर्वोच्च अदालतबाट क्षतिपूर्ति सम्बन्धमा केही फैसलाहरु पनि भएका छन्। तथापि संवैधानिक र कानूनी व्यवस्थाको सैद्धान्तिक चर्चा वा व्यावहारिक प्रयोग भने अझै शैशव अवस्थामा नै छ। त्यसैले यसबारे तुलनात्मक कानूनमा भएको विकास र हामी कहाँ भरखर विकसित कानूनी संरचनाबारे गहिरो चिन्तन मनन् गरी हामीहरुले आफ्नो न्यायिक मार्ग र कार्यदिशा तय गर्नुपर्ने आवश्यकता छ।

दुष्कृतिसम्बन्धी कानून कमन लको एउटा महत्त्वपूर्ण शाखा हो। अझ भन्ने हो भने यसको चर्चा नगरी कमन ल अन्तर्गत उपचारसम्बन्धी कानूनको अध्ययन पूरा नै हुँदैन। तर कमन लका अनुयायी मुलुकहरुमा यो एकै किसिमले विकसित भएको भने छैन। उदाहरणको लागि **वेलायतमा** यसलाई निजी अधिकारको उल्लंघनमा प्राप्त हुने उपचारको रुपमा लिइएको छ। लामो समयसम्म वेलायतमा राज्यको दायित्व (Crown Liability) वा सार्वजनिक दायित्व (Public Liability) वा सरकारको दायित्व (State Liability) भन्ने जस्ता अवधारणाको विकास नै भएन ।[9] यसको पृष्ठभूमिमा "राजाले कुनै गल्ती गर्दैनन्" भन्ने धारणा जिम्मेवार रहेको थियो। १९४७ मा Crown Proceeding Act जारी नभएसम्म राजा (उनका कर्मचारीसमेत) उपर सार्वजनिक कार्यको सिलसिलामा कुनै गल्ती गरेमा पनि क्षतिपूर्ति माग गरी मुद्दा चल्न सक्दैनथ्यो। कथम् कदाचित दुष्कृतिको दायित्व बेहोर्नुपर्ने अवस्था परेमा पनि राजाका कर्मचारीले सार्वजनिक हैसियतमा होइन कि व्यक्तिगत हैसियतमा मात्र सो दायित्व बोक्नुपर्ने मान्यता वेलायतमा कायम थियो।[10] जव १९४७ मा Crown Proceeding Act मार्फत राजाको उन्मुक्ति अन्त्य गरियो तव पनि राजा उनका कर्मचारीको कार्यमा अप्रत्यक्ष रुपमा मात्र जिम्मेवार (Vicariously liable) रहन्छन्। अर्थात जसरी व्यक्तिगत हैसियतमा कसैलाई काम लगाउने मालिक उसको कामदारको कार्यको लागि अप्रत्यक्ष रुपमा जिम्मेवार रहन्छ राजाको दायित्व पनि त्यतिसम्म मात्र हुन्छ भनियो। दायित्वको सम्बन्धमा सरकारी कर्मचारी र अन्य निजी क्षेत्रको कर्मचारीको दायित्व समान नै हुन्छ फरक हुँदैन भन्ने प्रो. डायसीद्वारा अनुमोदित कानूनप्रति समान समर्पण (Equal Subjection to Law) को अवधारणा वेलायतमा अझै कायम छ। सम्भवतः यही कारण वेलायतमा गैरकानूनी प्रवेश (Trespass) गलत पक्राउ (Wrongful Arrest) सार्वजनिक

8 *तुङ्ग शमशेर राणासमेत वि. इन्डियन एयरलाइन्ससमेत*, ने.का.प. २०२४, नि.नं. ३८९ र ने.का.प. २०२९ नि.नं. ६९४।

9 Francois Du Bois, *State Liability in South Africa: A Constitutional Remix* 25 Tulane European and Civil Law Forum 148 (2010).

10 यो विभेद उपनिवेशको हकमा भने गरिएको थिएन। उपनिवेशमा राजाका प्रतिनिधिहरुलाई भने दायित्व बोक्नुपर्ने गरिएको थियो। जस्तो भारतमा वेलायती राजाले पाएको उन्मुक्ति इस्ट इन्डिया कम्पनीका अफिसरले नपाउने भनियो। *Peninsular and Oriental Steam Navigation Company v. Secretary of State for India*, 1869 ILR 28 Bom 314.

विज्ज्याई (Public Nuisance) वा लापर्बाही, हेलचेक्र्याइँ (Recklessness or Negligence) वा कानूनी दायित्वको उल्लंघन (Breach of Statutory Duty) को स्थितिमा पनि राज्यले नभै सार्वजनिक पदाधिकारीले नै व्यक्तिगत दायित्व बोक्नुपर्छ[11]। यसो हुनुमा वेलायतमा "सार्वजनिक दायित्व" को अवधारणाको विकास नहुनुलाई लिइन्छ। अहिले भने स्थितिमा केही परिवर्तन आएको छ। बेलायतमा अव सर्वसाधारणको रक्षा गर्ने सामान्य दायित्व (General Duty of Care) सार्वजनिक पदाधिकारीहरुमा रहन्छ र मानव अधिकार ऐन, १९९८ अन्तर्गतको दायित्व उनीहरुले निर्वाह गर्नुपर्छ भनिएको छ। तर मानव अधिकार कानूनद्वारा सिर्जित दायित्व र दुष्कृतिसम्बन्धी कानून अन्तर्गतको दायित्वलाई मिसाउने कुरामा भने वेलायत अझै तयार देखिँदैन। अदालतहरु अझै पनि यी दुई दायित्वलाई पृथक पृथक रुपमा हेर्न रुचाउँछन्। यी दायित्वहरुलाई पृथक पृथक रुपमा हेरेको कारण नै वेलायतमा सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले दुष्कृतिसम्बन्धी कानून अन्तर्गत कुनै क्षतिपूर्ति तिर्नु पर्दैन भनिएको छ। Smith v Chief Constable, Sussex Police को मुद्दामा वहुमतले यस्तै धारणा लिएको छ[12]। अदालतका अनुसार देवानी कारवाही व्यक्तिले बेहोर्नु परेको हानि भराउने विषयसँग सम्बन्धित हुने र मानव अधिकार कानून मानव अधिकारका न्यूनतम मापदण्डको पालनासँग सम्बन्धित हुँदा दुष्कृतिसम्बन्धी कानून र मानव अधिकार कानूनलाई जोडी दोहोरो हकदैया सिर्जना गर्न जरुरी नै छैन[13]। अदालतको यो मान्यताको बाबजुद मानव अधिकार ऐन, १९९८ ले वेलायतमा जुन हलचल ल्याएको छ, भविष्यमा राज्यको सार्वजनिक दायित्वको अवधारणाको विकास सो मुलुकमा नहोला भन्न चाहिँ सकिन्न[14]।

कमन लको अनुयायी मुलुक **दक्षिण अफ्रिकामा** वेलायतमा जस्तै सरकारी अधिकारीले दुष्कृतिसम्बन्धी दायित्व बेहोर्नु नपर्ने व्यवस्था साविकमा रहेकोमा[15] रंगभेदको अन्त्य र नयाँ संविधान जारी भएपछि भने

---

[11] Francois Du Bois, पूर्वपाद टिप्पणी, ९, पृष्ठ नं. १४८ र १४९।

[12] *Smith v Chief Constable, Sussex Police*, [2009] 1 A.C. 225. यो मुद्दामा निवेदकलाई उसको पूर्व पार्टनरले आक्रमण गर्न सक्ने जानकारी दिँदादिँदै र पहिला उसले त्यसो गरेको र अहिले पनि आफूलाई मारिदिन्छु सिध्याइदिन्छु भनी धम्की दिएको छ भन्ने जानकारी दिई सुरक्षाको निम्ति अनुरोध गर्दागर्दै पनि प्रहरीले कर्तव्य पालनामा लापर्बाही गरेको कारण आफू उपर आक्रमण भएको हुँदा क्षतिपूर्ति पाउनुपर्ने दावी गरिएको थियो। यो मुद्दामा हाउस अफ लर्डस्मा लर्ड विङ्गमले प्रहरीले हेलचेक्र्याइ गरेकोले दायित्व वेहोर्नुपर्छ भने। उनका अनुसार,' that if a member of the public (A) furnishes a police officer (B) with apparently credible evidence that a third party whose identity and whereabouts are known presents a specific and imminent threat to his life or physical safety, B owes A a duty to take reasonable steps to assess such threat and, if appropriate, take reasonable steps to prevent it from being executed' (para. 44)। यसका साथै मानव अधिकार ऐन, १९९८ जारी भएपछि अब वेलायती दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनलाई युरोपियन मानव अधिकार अदालतले Osman vs UK को मुद्दामा प्रतिपादन गरेको सिद्धान्त अनुरुप परिवर्तन र परिमार्जन गरिनुपर्ने भन्ने पनि लर्ड विङ्गमको धारणा थियो तर वहुमतले उनका दुवै कुरा अस्वीकार गऱ्यो। वहुमतका अनुसार प्रहरीले यसमा त्रुटि गरेको ठहऱ्याउने हो भने उसले सर्वसाधारणको राम्रोसँग रक्षा गर्न सक्दैन। 'By placing general duties of care on the police to victims and witnesses the police's ability to perform their public functions in the interests of the community, fearlessly and with dispatch, would be impeded' (72-80 Lord Hope) बहुमतले दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनलाई मानव अधिकार कानूनबाट स्वायत्त नै राखिनु पर्छ भन्ने तर्फ आफ्नो मत दियो।

[13] ऐजन, paras. 136-138 (Lord Brown).

[14] *See generally* Jane Wright, *The Retreat from Osman: Z v. United Kingdom in the European Court of Human Rights and Beyond* in TORT LIABILITY OF PUBLIC AUTHORITIES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (D. Fair grieve, M. Andenas & J. Bell eds., BIICL 2002); *See also*, Francois Du Bois, *supra* note 9, at 149-158.

[15] Francois Du Bois, पूर्वपाद टिप्पणी, ९, पृष्ठ नं. १५९।

सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले कुनै कार्य (Act) वा अकर्मण्यता (Omission) को कारण आफ्नो दायित्वको पालना गर्दा हेलचेत्र्याइँ वा लापर्बाही गरेको अवस्था स्थापित भएमा उसले अधिकारमा क्षति पुगेको व्यक्तिलाई क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्छ भन्ने मान्यतालाई अङ्गीकार गरिएको छ[16]। उदाहरणको लागि दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक अदालतले धरौटीमा छुटेको अभियुक्तले पीडितलाई आक्रमण गरेको एउटा मुद्दामा युरोपियन मानव अधिकार अदालतको निर्णय पछ्याउँदै[17] जहाँ एउटा व्यक्तिको जिन्दगी अर्को व्यक्तिद्वारा गरिने आक्रमणको कारण असुरक्षित वनेको छ र सो कुराको सूचना प्रहरीलाई समयमा दिइँदा दिइँदै पनि सो व्यक्तिलाई सुरक्षा प्रदान गर्न प्रहरीले हेलचेत्र्याइ गरेको छ भने हिंसाजन्य कार्यबाट सर्वसाधारणको रक्षा गर्न नसक्ने त्यस्तो प्रहरी अधिकारीले दायित्व बेहोर्नुपर्छ भन्ने फैसला गरेको छ[18]। यसरी संविधानको व्यवस्था र अदालतको फैसला समेतबाट दक्षिण अफ्रिकामा सार्वजनिक पदाधिकारीलाई जनसाधारणभन्दा बढी जिम्मेवार बनाउने र दुष्कृतिको निजी उपचारको मार्गवाट न्याय व्यवस्थालाई माथि उठाइ बढी प्रभावकारी वनाउने प्रयास गरिएको देखिन्छ[19]। दक्षिण अफ्रिकामा भएको यो संवैधानिक संक्रमणलाई सिभिल लसँग सामिप्यता बढाइएको भन्ने अर्थमा पद्धतिहरुको रिमिक्स (Systemic remix) भन्नेहरु पनि छन्[20]।

कमन लकै अनुयायी अर्को मुलुक **क्यानडामा** सार्वजनिक पदाधिकारीहरुको दायित्वबारे लामो समयसम्म वेलायतमा जस्तै सोच कायम रहेकोमा सन १९८० को दशकमा मौलिक अधिकारसम्बन्धी कानूनको विकाससँगै यसमा परिवर्तन आउन थालेको देखिन्छ। पछिल्लो समयमा सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले आफ्नो सार्वजनिक दायित्वको परिपालना नगरेमा उनीहरु उपर कारवाही हुन सक्छ तर सो दायित्व सम्बन्धित व्यक्तिको हकमा पूरा नगरिएको भन्ने स्पष्ट देखिनुपर्छ भनिएको छ। *Jane Doe* को मुद्दामा बलात्कारको

---

[16] दक्षिण अफ्रिकाको संविधानको धारा ३८ मा संविधानद्वारा प्रत्याभूत अधिकारहरुको उल्लंघन भएको स्थितिमा अदालतलाई “उपयुक्त उपचार” (appropriate remedy) प्रदान गर्ने अधिकार दिइएको छ। त्यसैगरी धारा ३९(२) ले संविधान जारी भएपछि दक्षिण अफ्रिकामा कमन लको विकास पनि विल अफ राइट्स अनुरुप गरिनुपर्ने कुरा उल्लेख गरेको छ। यी व्यवस्थाहरुले दुष्कृतिसम्बन्धी कानुनलाई परिमार्जन गरी अदालतले सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले कर्तव्यको पालना नगरी व्यक्तिको अधिकार हनन् गरेकोमा क्षतिपूर्ति प्रदान गर्ने गरेका छन्।

[17] European Court of Human Rights ले *Osman v. UK,* (1998) 29 EHRR 245 को मुद्दामा ‘in certain well-defined circumstances [there is] a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual where life is at risk from the criminal acts of another individual’ भनेको थियो।

[18] *Carmichele v. Minister of Safety & Sec. & Another (Centre for Applied Legal Studies Intervening)* 2001 (4) SA 938 (CC). यस पछिका कैयौं मुद्दाहरुमा राज्यका पदाधिकारीहरुलाई कानूनी दायित्व बेहोर्नुपर्ने गरिएको छ हेर्नुहोस् *Minister of Safety & Sec. v. Van Duivenboden,* 2002 (6) SA 431 (SCA), para. 21; Premier, *W. Cape v. Faircape Prop. Dev. Developers (Pty) Ltd*., 2003 (6) SA 13 (SCA), para. 40; *Van Eeden v. Minister of Safety & Sec.,* 2003 (1) SA 389 (SCA), para. 19; *Minister of Safety & Sec. & Another v. Carmichele,* 2004 (3) SA 305 (SCA), para. 37; *Minister of Safety & Sec. v. Hamilton,* 2004 (2) SA 216 (SCA), para. 35; *Rail Commuters Action Group v. Transnet Ltd. t/a Metrorail,* 2005 (2) SA 359 (CC), para. 80; *Steenkamp NO v. Provincial Tender Bd., E. Cape,* 2007 (3) SA 121 (CC), para. 30.

[19] Alistair Price, *The Relationship between Constitutional and Tort Damages for State Failures to Protect in Canada, England, and South Africa*, https://aspercentre.ca/constitutional-roundtable-review-alistair-price-on-the-relationship-between-constitutional-and-tort-damages-for-state-failures-to-protect-in-canada-england-and-south-africa/ accessed on Feb. 13, 2021

[20] *See* generally François du Bois, *State Liability in South Africa: A Constitutional Remix* 25 Tulane European and Civil Law Forum 2(2010).

कैयौं मुद्दामा सजाय पाएको व्यक्तिले आफू उपर आक्रमण गर्न सक्छ भन्ने सूचना प्रहरीलाई दिइँदा दिइँदै पनि पीडितको सुरक्षा नगरेकोमा सम्वन्धित प्रहरी अधिकारीलाई जिम्मेदार ठहऱ्याइ क्षतिपूर्ति भराइएको छ[21]। पछिल्लो समय क्यानडामा पनि सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले आफ्नो कर्तव्य पालना गर्न चुकेमा दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनका सिद्धान्तबमोजिम दायित्व बेहोर्नुपर्छ भन्ने अवधारणा अङ्गीकार गर्ने तर्फ स्पष्टै रुपमा लागेको देखिन्छ[22]।

संयुक्त राज्य अमेरिकामा भने सुरुमा वेलायतमा जस्तै दुष्कृतिसम्बन्धी दायित्वलाई कमन ल अन्तर्गत नै हेरिएकोमा सन् १८६१ देखि १८६५ मा भएको आन्तरिक युद्धपछि र विशेषतः कु क्लुक्स क्लान जस्ता समूहले राज्यको आडमा व्यक्तिहरु उपर ज्यादती गर्न थालेपछि सन् १८७१ मा नागरिक अधिकार कानूनमा परिवर्तन गरियो[23]। सो संशोधनमार्फत सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले संविधान र नागरिक स्वतन्त्रताविरुद्ध कुनै काम गरेमा नागरिक अधिकार ऐन अन्तर्गत दायित्व बोक्नुपर्ने बनाइयो। संविधानको चौधौं संशोधनलाई कार्यान्वयन गर्न बनेको यो ऐनले राज्यको कानूनको आड लिएर (Under the color of State Law) कसैको संविधान प्रदत्त हकमा आघात पुऱ्याउने कार्य गरेमा त्यस्तो व्यक्तिका विरुद्ध क्षतिपूर्तिको देवानी दावी गर्ने अधिकार पीडितलाई हुने प्रत्याभूति गरेको छ। हाल यो व्यवस्थालाई यु.एस. कोडको दफा १९८३ मा स्पष्टसँग राखिएको छ। दफा १९८३ मा गरिएको व्यवस्थाअनुसार राज्यको कानून, अध्यादेश, नियम, प्रथा परम्परा आदिको आडमा अमेरिकी नागरिक वा अन्य कुनै व्यक्तिलाई संविधान वा कानूनद्वारा प्रदत्त हक, विशेषाधिकार, उन्मुक्तिबाट वञ्चित गर्न गराउन पाइँदैन। त्यस्तो गर्ने व्यक्तिको विरुद्ध मुद्दा चल्न सक्छ र त्यस्तो व्यक्तिले कानुनबमोजिम दायित्व बोक्नुपर्ने हुन्छ[24]।

---

[21] *Jane Doe v Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697, 39 O.R. (3d) 487 (violation of personal security due to attack by serial rapist) is one such instance. In this case the court made one award of general damages - $175,000 for both the negligence and the violation of Jane Doe's Charter rights, as well as other smaller awards of damages.

[22] In *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89 a majority of the Court developed a new test for public authority liability in tort, casting off the previous unwieldy private-law framework in favour of an approach that relies exclusively on public law concepts. Paul Daly, *Rethinking Public Authority Liability in Tort: Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89 https://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/04/13/rethinking-public-authority-liability-in-tort-paradis-honey-ltd-v-canada-2015-fca-89/ accessed 13 Feb. 2021.

[२३] An Act to enforce the Provisions of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States and for other Purposes, 17 Stat. 13 (1871).

[२४] 42 U.S. Code § 1983. Civil action for deprivation of rights provides: Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the **deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws**, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia. यो व्यवस्था दुष्कृतिको दावीसम्बन्धी संघीय कानून (Federal Tort Claims Act 1946) भन्दा पृथक व्यवस्था हो।

यद्यपि अमेरिकी कोडको दफा १९८३ को यो व्यवस्था धेरै लामो समयसम्म सुषुप्त जस्तै रहेको थियो तर सन् १९६१ मा Munroe v Pape[25] को मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले दिएको निर्णयपछि भने नागरिक स्वतन्त्रताको विरुद्ध कार्य गर्ने अधिकारीहरुविरुद्ध दुष्कृतिसम्बन्धी दायित्वको अतिरिक्त क्षतिपूर्तिको दावी गरी मुद्दा चल्न सक्छ भनिएको छ। अदालतले यसलाई दुष्कृतिको पुरक क्षेत्राधिकारको रुपमा लिएको छ, अर्थात (क) जहाँ राज्यको कानून विभेदकारी छ वा (ख) अपुरो छ वा (ग) राज्यको कानून अन्तर्गत प्राप्त हुने उपचार सिद्धान्ततः पूर्ण भए पनि व्यवहारमा प्राप्त नहुने अवस्था छ भने संघीय कानून अन्तर्गत क्षतिपूर्तिको लागि यो क्षेत्राधिकार आकर्षित हुन सक्छ[26]। अमेरिकी सर्वोच्च अदालतवाट गरिएको व्याख्याअनुसार नागरिक अधिकारविरुद्ध सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले चौथो संशोधन (unreasonable search and seizure) आठौं संशोधन (Cruel and Unusual Punishment) र पाँचौ र चौधौं संशोधन (Due process of Law) द्वारा प्रदत्त हकको उल्लंघन गरेमा दुष्कृतिसम्बन्धी दायित्वको अलावा पनि संविधान अन्तर्गत क्षतिपूर्तिको दायित्व बेहोर्नुपर्छ। यीमध्ये "**अनुचित पक्राउ र खानतलासी**" भित्र प्रहरीले पक्राउ वा खानतलासीको क्रममा आवश्यकताभन्दा बढी शक्ति प्रयोग गरेको विषय पर्छ। सो यकिन गर्ने क्रममा अपराधको गम्भीरतालाई मुख्य रुपमा हेरी पक्राउ र खानतलासी उचित वा अनुचित के हो भन्ने यकिन गरिन्छ भने पक्राउ गर्न खोजिएको व्यक्तिले पक्राउ छल्न खोजेको वा भाग्न खोजेको थियो वा थिएन, त्यसैगरी पक्राउ गर्ने अधिकारीले पनि असल नियतले काम गरेको थियो वा थिएन, शक्ति प्रयोग गर्नुको सम्भावित कारण के होला र कति उपयुक्त होला भन्ने आदि सान्दर्भिक प्रश्न बन्छन्। अनुचित पक्राउ र खानतलासी गरी व्यक्तिगत स्वतन्त्रता हरण गरिएको पाइएमा क्षतिपूर्ति भराइन्छ[27]।

त्यसैगरी "**क्रुर र अमानवीय व्यवहार**" अन्तर्गत थुनामा परेका व्यक्तिको स्वास्थ्यसम्बन्धी जोखिम उपर दृष्टि नपुऱ्याइएको,[28] त्यसैगरी थुनामा रहेका व्यक्ति उपर बन्दीगृहभित्रै वा प्रहरी नियन्त्रणमा रहेको अन्य अवस्थामा आक्रमण हुने सम्भावनालाई हेरी आवश्यक सुरक्षाको प्रबन्ध नगरिएको स्थितिमा सम्बन्धित अधिकारीहरुले दायित्व बोक्नुपर्छ भन्ने व्याख्या सर्वोच्च अदालतले गरेको छ[29]। दायित्व बोकाउन सम्बन्धित अधिकारीलाई जोखिम बारे पूर्व जानकारी थियो, उसले जानाजानी वेवास्ता (Deliberate Indifference) गरेको थियो वा उसको कार्य वेहदरुपमा सर्मनाक (Outrageous) थियो भन्ने स्थापित हुनुपर्छ। तर यदि अधिकारक्षेत्रभित्र रही काम गरेको छ र सामान्य समझको व्यक्तिले ठिकै हो भन्न

---

[25] 365 U.S. 167 (1961 यो मुद्दामा अनुचित खानतलासी र पक्राउविरुद्धको हकको उल्लंघन गरिएकोमा सम्बन्धित प्रहरीविरुद्ध क्षतिपूर्तिको आदेश दिइएको थियो। यो फैसलाले दफा १९८३ मा उल्लिखित "persons" भित्र नगरपालिका पर्दैन भनेकोमा पछि *Monell v. Department of Social Services of the City of New York*, 436 U.S. 658 (1978) पछि अव स्थानीय सरकार पनि "persons" भित्र पर्ने र निश्चित अवस्थामा उनीहरुले पनि दायित्व बेहोर्नुपर्ने भनिएको छ।

[26] मुनरोको मुद्दामा Justice Douglas ले दफा १९८३ अन्तर्गतको उपचारलाई दुष्कृतिमा कमन ल अन्तर्गत राज्यद्वारा प्रदान गरिने उपचारको पूरक (supplementary) उपचारको रुपमा व्याख्या गर्दै यो उपचार तीन अवस्था अर्थात (1) to "override certain [invidiously discriminatory] state laws"; (2) to provide "a remedy where state law was inadequate"; and (3) "to provide a federal remedy where the state remedy, though adequate in theory, was not available in practice." भनी व्याख्या गरे।

[27] *Tennessee v. Garner*, 471 U.S. 1, 7-8 (1985) and Graham v. Connor 490 U.S. 386, 394-95 (1989).

[28] *Estelle v. Gamble,* 429 U.S. 97 (1976).

[29] *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825 (1994).

सकिने गरी स्वविवेकको प्रयोग गरेको अवस्था छ भने त्यस्तो सरकारी अधिकारीले कुनै दायित्व बोक्नु पर्दैन[30]।

त्यसैगरी **पाचौं र चौधौं संशोधन** अन्तर्गत **"कानूनको उचित प्रक्रिया"** पूरा नगरी सरकारी अधिकारीहरुद्वारा व्यक्तिगत चरित्रबारे विवरण प्रकाशित भै उजुरकर्तालाई हानि पुग्न गएको पाइएमा क्षतिपूर्ति भराइन्छ। उदाहरणको लागि आपराधिक कार्यमा संलग्न रहेको वा लागू औषधको सेवनमा संलग्न रहेको भनी गलत सूचना प्रवाह गरियो र त्यस्ले उसको वैयक्तिक स्वतन्त्रता, सुरक्षा र प्रतिष्ठाको अपहरण हुन गएको स्थापित भयो भने लापर्बाहीसाथ आफ्नो कर्तव्यमा चुक्ने, स्वेच्छाचारी कार्य गर्ने, अधिकारको दुरुपयोग गर्ने अधिकारीहरुले क्षतिपूर्तिको दायित्व बेहोर्नुपर्ने हुन सक्छ[31]। यसरी हेर्दा अमेरिकामा न्यायिक व्याख्यामार्फत् सार्वजनिक पदाधिकारीहरुको कार्यलाई संवैधानिक कसीमा राखी उनीहरुको दायित्व यकिन गरिएको पाइन्छ। यस क्रममा दुष्कृतिको व्यवस्था क्रमागत रुपले राज्यको दायित्व (State Liability) सम्बन्धी कानूनको रुपमा पनि अमेरिकामा विकसित भैरहेको देखिन्छ।

कमन लको सिद्धान्त अनुसरण गर्ने मुलुकहरुमा गरिएको राज्यको अप्रत्यक्ष दायित्वको सिद्धान्तभन्दा फरक व्यवस्था सिभिल ल पद्धति अपनाउने मुलुकहरुमा रहेको पाइन्छ। यी मुलुकहरुमा राज्यको दायित्वलाई प्रशासनिक कानूनको महत्त्वपूर्ण आयामको रुपमा गम्भीरतापूर्वक लिइन्छ। उदाहरणको लागि राज्यको दायित्वबारे **जर्मनी**को कानूनमा गरिएको व्यवस्था चाखलाग्दो छ। जर्मन सिभिल कोडको दफा ८३१ मा भनिएको छः

A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not apply if the principal exercises reasonable care when selecting the person deployed and, to the extent that he is to procure devices or equipment or to manage the business activity, in the procurement or management, or if the damage would have occurred even if this care had been exercised.

यो व्यवस्थाले अर्को व्यक्तिलाई काम गर्न लगाइएकोमा त्यस्तो व्यक्तिले कुनै गल्तिको कारण क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने भयो भने सो गर्ने प्रथम र प्रत्यक्ष दायित्व काममा लगाउने व्यक्तिको नै हुने कुरामा जोड दिन्छ। काम लगाउने व्यक्तिले कामको लागि त्यस्तो व्यक्तिको छनौट गर्दा, काममा खटाउँदा र अनुगमन गर्दा उचित सतर्कता अपनाएको थियो भन्ने कुरा उसैले प्रमाणित गर्नुपर्छ। अर्थात जर्मन कानूनअनुसार उचित सतर्कता अपनाएको थियो भन्ने प्रमाणको भार नै काम लगाउने पक्षमा रहन्छ[32]। राज्यको सन्दर्भमा कुरा गर्दा यो कमन लको अप्रत्यक्ष दायित्व (Vicarious Liability) को कुरा नभै सोको विपरीत प्रत्यक्ष दायित्व (Direct Liability) को कुरा हो भन्ने देखिन्छ। परिस्थितिअनुसार काम गर्ने व्यक्तिहरु स्थायी कर्मचारी, इन्टर्न वा मद्दत गर्न राखेका व्यक्तिहरु हुन सक्छन्। **यस्तोमा मुख्यतः काम लगाउने वा नलगाउने**

---

[30] *Harlow v. Fitzgerald*, 457U.S. at 821.

[31] *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977).

[32] Paula Giliker, *Vicarious Liability or Liability for the Acts of Others in Tort: A Comparative Perspective*, Journal of European Tort Law (JETL) 2(1), 33 (Jan. 2011).

विषयको नियन्त्रण कोसँग छ र कसका कारण सो व्यक्तिले काम गरिरहेको छ भन्ने नै हेरिन्छ। सम्भवतः सोही कारणले जर्मनीमा हक अधिकारको उल्लंघन व्यक्तिबाट हुँदा पनि राज्यले दायित्व बेहोर्नुपर्छ भनिएको छ जसलाई अधिकारको तेर्सो प्रभाव (Horizontal effect or radiant effect of Rights) भन्ने गरिएको पाइन्छ। जर्मनीको माथि उल्लिखित जस्तै व्यवस्था स्पेन र स्वीजरलेण्डमा पनि गरिएको छ[33]।

हाम्रो छिमेकी मुलुक **भारतमा** "संवैधानिक दुष्कृति" सम्बन्धी व्यवस्थाको इतिहास उपनिवेशकालीन समयसम्म नै पुग्छ जहाँ कर्मचारीले गरेको गल्तिको लागि सरकार जिम्मेवार हुन्थ्यो र सरकार उपर मुद्दा हाल्न सकिन्थ्यो[34]। भारत स्वतन्त्र भएपछिको पहिलो मुद्दा *कस्तुरीलालको मुद्दा* हो जहाँ प्रहरीको हवल्दारले वादीको सुन जफत गरेकोमा सो सुन लिएर उ पाकिस्तान भागेको थियो। यो मुद्दामा राज्यले वादीको सुन सुरक्षित राख्नुपर्ने दायित्वको पालना गरे वा नगरेको के हो र वादीलाई राज्यले क्षतिपूर्ति दिनुपर्छ वा पर्दैन भन्ने प्रश्न उठेकोमा सर्वोच्च अदालतले अनौठो व्याख्या गर्दै प्रहरीले निजको पदीय हैसियतमा काम गरेको र सो कानून र व्यवस्था कायम गर्ने दायित्व सार्वभौमिक उन्मुक्ति अन्तर्गतको दायित्व हुँदा राज्यले क्षतिपूर्ति तिर्नु पर्दैन भन्यो[35]। तर सोही सेरोफेरोमा गरिएका अन्य कैयौं फैसलाहरुमा अदालतले सार्वभौमिक उन्मुक्तिको जिकिर अस्वीकार गर्दै सरकारी कर्मचारीले वा सरकारी साधनको प्रयोग हुँदा कुनै दुर्घटना भएमा सरकारले क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्छ भन्ने फैसला गरेको पाइन्छ[36]।

भारतमा संवैधानिक दुष्कृतिको पहिलो मुद्दाको रुपमा *देवकी नन्दनको* मुद्दालाई लिइन्छ जसमा विहार राज्यको शिक्षा सेवा अन्तर्गतको एउटा शिक्षकलाई निवृत्तिभरणको हिसाव गर्ने मामलामा सर्वोच्च अदालतको पूर्व फैसला र मुख्यमन्त्रीको आदेशसमेतको विपरीत **राज्यका पदाधिकारीहरुले नियतवस, जानाजानी र वदनियतपूर्वक** (Intentional, Deliberate and Motivated) वर्षौंसम्म हैरानी दिएको भनी उच्चतम् न्यायालयले दाबीबमोजिम पेन्सनको हिसाव गर्नको लागि परमादेशको अतिरिक्त निवेदकलाई रु.२५,०००/- क्षतिपूर्ति भराउनेसमेत फैसला गर्‍यो।[37] त्यसैगरी संविधान प्रदत्त मौलिक हकको उल्लंघन भएको स्थितिमा राज्यले क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने भनी भारतमा केही महत्त्वपूर्ण निर्णयहरु भएका छन्। *रुदल शाहको मुद्दा*[38], *भिम सिंहको मुद्दा*[39] र *निलावति वेहराको मुद्दा*[40]लाई यसै वर्गको मुद्दाको रुपमा हेर्न

---

[33] हेर्नुहोस् स्पेनिस सिभिल कोड, दफा १९०३(१) र स्वीस कोड, दफा ५५।

[34] Peninsular & Oriental Steam Navigation Co. vs. Secretary of State for India 1869 ILR 28 Bom 314 जवकि वेलायतमा भने सार्वभौमिक उन्मुक्तिको कारण सरकार उपर सो वखतसम्म मुद्दा हाल्न सकिदैनथ्यो। हाल भारतको संविधानको धारा ३०० अन्तर्गत सरकार उपर मुद्दा हाल्न सकिन्छ।

[35] *Kasturilal Ram Jain v. State of U.P.,* AIR 1965 SC 1039, 1965 SCR (1) 375 (per Gajendra dagkarj)

[36] *State of Rajasthan v. Vidyawati,* AIR 1962 SC 933; *Fatima Begum v. State of Jammu & Kashmir,* 1976 ACJ 194; *State of Gujarat v. Memon Mahomed Haji Hasan*, AIR 1967 SC 1885 did not follow the decision in Kasturi Lal's case.

[37] *Devaki Nandan Prasad v. State of Bihar,* AIR 1983 SC 1134.

[38] *Rudul Shah v. State of Bihar,* AIR 1983 SC 1086, क्षतिपूर्तिको अधिकार *Sabastian Hongray v. Union of India,* (1984) 3 SCC 83 मा पनि स्थापित गर्दै मृतकका विधवाहरुलाई क्षतिपूर्ति प्रदान गरिएको छ।

[39] *Bhim Singh v. State of Jammu and Kashmir,* AIR 1986 SC 494.

[40] *Nilabati Behra v. State of Orissa,* AIR 1993 SC 1960 (custodial death of son of the petitioner).

सकिन्छ। रुदल शाहको मुद्दामा अदालतको फैसलाले निर्दोष करार भएको निवेदकलाई फैसला भैसकेपछि पनि नछाडी १४ वर्ष जेलमा राखिएको थियो। जब यो बिषयलाई मिडियाले उठायो तत्कालै बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटको रुपमा यो विषयले उच्चतम न्यायालयमा प्रवेश पायो; जसमा न्यायाधीशले अन्तरिम राहतको रुपमा पहिले नै दिइएको रु. ५०००/- को अतिरिक्त रु. ३०,०००/- अन्तरिम क्षतिपूर्ति रुदल साहलाई तिर्न विहार सरकारलाई आदेश दिए। साथै निवेदकले सरकार वा सम्बन्धित अधिकारीको विरुद्ध दुष्कृति अन्तर्गत क्षतिपूर्तिको अलग्गै दावी पनि गर्न सक्ने घोषणा गर्दै क्षतिपूर्तिको मुद्दाबाट उपचार नपाएसम्म गरिव रुदल साहलाई विखर्ची छाड्न हुँदैन भन्ने उद्घोष पनि न्यायमूर्ति चन्द्रचुडले गरे। सो मुद्दामा क्षतिपूर्तिको अधिकारबारे उच्चतम न्यायालयले भन्योः

The right to compensation is some palliative for the unlawful acts of instrumentalities which act in the name of public interest and which present for their protection the powers of the State as a shield. Respect for the rights of individuals is the true bastion of democracy. Therefore, **the State must repair the damage** done by its officers to their rights.

In the circumstances of the instant case the refusal to pass an order of compensation in favour of the petitioner will be doing mere lip-service to his fundamental right to liberty which the State Government has so grossly violated.

भिमसिंहको मुद्दामा निवेदकलाई कानूनको उचित प्रकृया वेगर द्वेषपूर्ण र कपटपूर्ण (Malicious and Mischievous) रुपमा हिरासतमा राखिएको थियो। यो मुद्दामा अदालतले गलत तरिकाले पक्राउ गरी हिरासतमा राखिएको भन्दै रु. ५०,०००/- क्षतिपूर्तिको रुपमा निवेदकलाई दुई महिनाभित्र तिर्न जम्मु कास्मिर सरकारलाई आदेश दियो। अदालतले भन्योः

When a person comes to us with the complaint that he has been arrested and imprisoned with mischievous or malicious intent and that his constitutional and legal rights were invaded, the mischief or malice and the invasion may not be washed away or wished away by his being set free. In appropriate cases we have the jurisdiction to compensate the victim by awarding suitable monetary compensation. We consider this an appropriate case.

निलावति वेहराको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले दुष्कृतिसम्बन्धी देवानी दायित्व र मौलिक हकको उल्लंघन हुँदा बेहोर्नुपर्ने दायित्व अलग अलग हुन् भनी व्याख्या गर्दै वैयक्तिक स्वतन्त्रताको अपहरण गरिएको भनी निवेदकलाई क्षतिपूर्ति भराउने निर्णय गरेको छ। निलावति वेहराको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले भनेको छः

A claim in public law for compensation for contravention of human rights and fundamental freedoms…is an acknowledged remedy for enforcement and protection, of such rights, and such a claim based on strict liability made by resorting to a constitutional remedy provided for the enforcement of a fundamental right is **distinct from, and in addition to, the remedy in private law for damages for the tort** resulting from the contravention of the fundamental right. The defence of sovereign immunity being inapplicable, and alien to the concept of guarantee of fundamental rights, there can be no question of such a defence being available in the constitutional remedy.

भारतीय संविधानको धारा ३२ नै मौलिक अधिकार भएको तर्फ संकेत गर्दै अदालतले राज्य वा यसका अधिकारीहरुद्वारा मौलिक अधिकारको उल्लंघन भएको स्थितिमा क्षतिपूर्तिको दावी गरिएको छ र मुद्दाको

रोहमा त्यो नै उपयुक्त उपचार हो भन्ने देखिन्छ भने धारा ३२ द्वारा प्रदत्त अधिकारको प्रयोग गरी क्षतिपूर्ति प्रदान गरेर पूर्ण न्याय प्रदान गर्नुपर्छ, सो नगरी सजाय गर्ने मात्र राज्यको दायित्व हो, क्षतिपूर्ति त दुष्कृतिसम्बन्धी कानून अन्तर्गत माग गरिनुपर्ने विषय हो भन्ने सोचेमा मौलिक अधिकारको उल्लंघनले निरन्तरता पाउँछ र अधिकारको उपभोग केवल मिठो सपना मात्र रहन पुग्छ भन्यो। क्षतिपूर्तिको क्षेत्राधिकार गरिव र निमुखाको लागि कति महत्त्वपूर्ण हुन्छ भन्ने बारे अदालतले भन्योः

This remedy in public law has to be more readily available when invoked by the haves-not, who are not possessed of the wherewithal for enforcement of their rights in private law, even though its exercise is to be **tempered by judicial restraint to avoid circumvention of private law remedies**, where more appropriate.

यसरी हेर्दा भारतमा सार्वभौमिक अधिकारको प्रयोग गरेको अवस्थामा वाहेक संविधान प्रदत्त हकको संरक्षण गर्नु राज्यको दायित्व हुन्छ भन्ने कुरालाई स्वीकार गरिएको, सरकारी अधिकारीहरुले कानूनको वर्खिलाप कार्य गरी व्यक्तिगत स्वतन्त्रता अपहरण गरेको स्थितिमा सार्वभौमिक उन्मुक्तिको जिकिर अस्वीकार गर्दै क्षतिपूर्ति भराइएको पाइन्छ। यो क्षेत्राधिकारलाई दुष्कृतिसम्बन्धी कानून अन्तर्गत क्षतिपूर्तिमा दावी गर्ने निजी अधिकारको अतिरिक्त सार्वजनिक कानून अन्तर्गतको व्यवस्थाको रुपमा हेरिएको पाइन्छ[41]। पछिल्लो समयमा यो अधिकारको प्रयोग अदालतले सरकारद्वारा सञ्चालित निकाय (Instrumentality of the State) को विरुद्ध पनि प्रयोग गरेको[42] एवं क्षतिपूर्तिलाई न्यायमा पहुँच बढाउने एउटा माध्यमको रुपमा पनि हेरेको देखिन्छ।

व्यक्ति उपर पुगेको हानिलाई मानव अधिकार कानूनले राज्यको दायित्वसँग जोडेको कुरा माथि नै उल्लेख भएको छ। यसको सवैभन्दा ठूलो योगदान हक हनन् भएको अवस्थामा सार्वभौमिक उन्मुक्तिको सिद्धान्तलाई सहज रुपमा प्रयोग हुन नदिनु हो। सार्वभौमिक उन्मुक्तिको नाममा आफ्ना नागरिक उपर मनपरी गर्ने छुट अव कसैलाई हुँदैन भन्ने कुरा करिव करिव स्थापित नै भएको छ। मानव अधिकार कानूनको यो मान्यताले तुलनात्मक विधिशास्त्रमा प्रभाव त पारेको देखिन्छ नै यसको प्रभाव क्षेत्रीय र अन्तर्राष्ट्रिय तहमा पनि परेको देखिन्छ। व्यक्तिको सुरक्षा गर्नु राज्यको दायित्व हुने सन्दर्भमा राज्यको प्रत्यक्ष वा परोक्ष संलग्नतामा हुने वेपत्ताका घटनाहरुमा वेपत्ता पारिएका व्यक्तिका परिवारहरुलाई क्षतिपूर्ति प्रदान गर्ने गरी मानव अधिकारसम्बन्धी क्षेत्रीय अदालतहरुले निर्णय गरेका दृष्टान्तहरु पाइन्छन्[43]।

---

[41] यद्यपि निजी कानून र सार्वजनिक कानूनबीचको विभाजन रेखा सँधै स्पष्ट छैन, र अदालतले पनि यसलाई मुद्दाकै रोहमा हेर्नुपर्ने कुरा बताएको छ तथापि जहाँ राज्य वा यसका अधिकारीहरु सरकारी हैसियतमा संलग्न हुन्छन्, वा जहाँ सरकारी सम्पत्तिको प्रयोग भएको छ त्यस्तोमा सार्वजनिक कानून अन्तर्गत उपचार खोज्न सकिने कुरालाई अदालतले अनुमति दिएको छ। *Life Insurance Corporation of India v. Escorts Limited & Ors.,* 1985 Supp. (3) SCR 909 = (1986) 1 SCC 264 = AIR 1986 SC 1370.

[42] *Chairman, Railway Board v. Chandrima Das,* AIR 2000 SC 988. यो मुद्दामा पीडित बंगलादेशी नागरिक उपर हौराहा स्टेसन यात्री निवासमा रेल्वेका कार्मचारीसमेत संलग्न भै गरिएको जवरजस्ती करणीको घटनालाई लिएर निजलाई रु १०,००,०००/- क्षतिपूर्ति तिर्नको लागि भारतीय रेलवेलाई आदेश दिएको कलकत्ता उच्च अदालतको निर्णयलाई उच्चतम न्यायालयले सदर गर्दै सो रकम बंगलादेशको हाइकमिसनमार्फत पीडितलाई ३ महिनाभित्र तिर्नको लागि आदेश दिएको छ।

[43] *Trujillo Oroza v. Bolivia* (IACHR), Decision dated Jan. 26, 2000; *Kurtz v Turkey* (ECHR), Application no. 2476/94 May 25, 1998.

त्यसैगरी क्षतिपूर्तिको अवधारणाले मानव अधिकार समितिहरुमा हुने छलफलमा र मानव अधिकार साहित्यमा पनि प्रवेश पाएको छ जसको प्रभाव राष्ट्रिय कानूनको विकासमा समेत परेको अवस्था छ।

४. क्षतिपूर्तिको अधिकार र हाम्रो न्यायिक दृष्टिकोण

नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ मा स्पष्ट व्यवस्था हुँदाहुँदै नेपालमा दुष्कृतिसम्बन्धी व्यवस्था नभएको कारण देखाउँदै तुङ्ग समसेरको मुद्दा[44] मा सर्वोच्च अदालतले क्षति पुगेको परिवारलाई क्षति नभराएको कुरा माथि उल्लेख गरिसकिएको छ। सो मुद्दामा वहुमतको रायसँग विमति जनाउँदै न्यायाधीश प्रकाशबहादुर के. सी. ले **"प्रस्तुत केश, देवानी वा फौजदारी नभै बीचको केश हो, यसलाई दुष्कृतिसम्बन्धी नियम (टर्ट) भन्छन् ... मानिसको मृत्यु भएबापत हकदारले क्षतिपूर्ति दिलाइपाउँ भनी गरेका नालेस नेपालको न्याय पद्धतिमा अनौठो देखिन आउनु स्वभाविकै हो, यस किसिमको मुद्दा न त पूरा देवानी भन्न सकिन्छ न त पूरा फौजदारी नै करार गर्न मिल्छ। तसर्थ यस्ता मुद्दालाई टर्ट (Tort) नामाकरण गरिएको अन्य सभ्य मुलुकको पद्धतिमा पाइन्छ, टर्टमा दुई किसिमको चोट (Injury) हुन्छ। अतः दुई किसिमको दावी टर्टमा हुन सक्छ। चोट पटक वा नोक्सान परेको व्यक्ति वा मरेको व्यक्तिको हकदारले क्षतिपूर्तिको दावी गर्न पाउने र दोषीलाई सजाय दिलाउन पाउने"** हुन्छ भन्नुभएको छ।

यो राय क्षतिपूर्ति कानूनको विकासको दृष्टिबाट मात्र नभै संविधान अन्तर्गत अदालतको भूमिका, न्याय प्रदान गर्नुपर्ने यसको दायित्वसमेतको दृष्टिबाट महत्त्वपूर्ण छ। फैसलामा कानून कसरी विकास गरिनुपर्छ भन्नेबारे न्यायाधीश के.सी. ले **"नेपाल अधिराज्य जहाँ सर्वोच्च अदालतले ऐन कानूनको सिंहावलोकन गरी न्यायपालिकाले रिभ्यु गर्ने सिद्धान्त (Doctrine of Judicial Review) प्रयोग गरी कुनै ऐन कानून मात्रै होइन संविधानको धाराको बर्खिलाप देखेर अवैधसमेत करार गर्न सक्तछ। ऐन कानूनको परिभाषा र व्याख्या गर्न साफ निषेध (Express Prohibition) गरेको छैन र यस प्रकारको परिभाषा र व्याख्या गर्नाले न्याय (Justice) दिन मद्दत गर्छ भने न्यायको प्रतिकूल अन्याय हुने गरी वा ऐन कानूनले अर्थको अनर्थ हुने गरी कुनै पनि ऐन कानूनको व्याख्या र परिभाषा गर्नु हुँदैन। नेपालको जस्तै लिखित संविधान भएका मुलुकमा न्यायपालिकाले यस सिद्धान्तलाई अपनाई विकास गर्दै आएका छन्...ऐन कानूनको परिभाषा र व्याख्या गर्दा त्यसै तरिकाले गरिनुपर्ने हुन्छ .... कानून सामाजिक नीतिको हतौडी हो यस्तै केसको माध्यमबाट कानून (Justice made Law) को जन्म हुन्छ।... कानूनको व्याख्या गर्दा प्राकृतिक न्यायको विपरीत हुनेगरी (Repugnant to Natural Justice) व्याख्या गरिनु हुँदैन, कानून न्यायको घाँटी निचोर्न वनाइएको हुँदैन"** भन्नुभएको छ।

आघात र क्षतिपूर्तिबारे वहाँले "आघात हरेक किसिमको हुन सक्छ, मानसिक, शारीरिक, आर्थिक, भावनात्मक इत्यादि वावु आमा वाजे वज्यै छोराछोरी आदिलाई मानसिक आर्थिक जुनसुकै आघात पर्न

---

[44] वि.सं. २०१३ साल जेष्ठ २ गते सिमराबाट काठमाडौंको लागि उडेको इन्डियन एयरलाइन्सको डकोटा विमान (V.T.D.B.A) गौचर विमानस्थलमा ओर्लने क्रममा भएको दुर्घटनामा १४ जना यात्रुहरुको ज्यान गयो जसमध्ये ८ जना तुंग शमशेर, द्रोण शमशेर, जगदीश शमशेर र कन्दर्प शमशेरका सन्तति र पौष्यपुत्रहरु थिए। तीनै ज्यान गुमाउने ८ जनाको हकमा दुर्घटना चालकको लापर्बाही र अनुचित कर्तव्यबाट घटेकोले इन्डियन एयरलाइन्सबाट क्षतिपूर्ति पाउनुपर्ने भनी यो मुद्दा दायर भएको देखिन्छ। हेर्नुहोस् *तुङ्ग शमशेरसमेत वि. इन्डियन एयरलाइन्ससमेत,* ने.का.प. २०२४ नि.नं. ३८९।

सक्छ, आघात पर्ने व्यक्तिभित्र हकदार पनि पर्छ...ऐनमा क्षतिपूर्ति आघात परेको व्यक्तिलाई दिनुपर्छ भनी किटान गरिएको,....... बदलिँदो परिस्थितिको सूक्ष्म सिंहावलोकन तथा कानूनको सुक्ष्म विवेचना गर्दा ऐनको दफा १२ बर्खिलाप ज्यान हरेको केसमा समेत सोही ऐनको दफा १७(१) अनुसार क्षतिपूर्ति दिनुपर्ने समेत हुन आउँछ। त्यस्तोमा मृत व्यक्ति क्षतिपूर्ति माग गर्न आउने कुरै भएन। तसर्थ, हकदारले क्षतिपूर्तिको दावी गर्न पाउछ। त्यसैले फुलवेन्चको २०२२।३।११ को निर्णय मिलेको देखिएन" भन्ने फैसला गर्नुभएको छ।

सोही मुद्दा पुनः दोहरिएर फुलवेन्चमा पेश हुँदा न्यायाधीश विश्वनाथ उपाध्यायले[45] "अधिकारको प्रकृतिअनुसार कानूनी व्यक्तित्व श्रृष्टि हुनुभन्दा पहिले र सो व्यक्तित्व अन्त भएपछि पनि कायम रहन्छन्। वैयक्तिक अधिकार वाहेकका अधिकारहरु हकवालामा सर्छन्। नालिस गरी क्षतिपूर्ति भराउने अधिकार हकवालामा नसर्ने होइन... यस मुद्दामा वादीले दावी गरेको अधिकार नावालिग सन्तानहरुको ज्यान अपहरण गरेबापत क्षतिपूर्तिसम्बन्धी नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १७(१) अन्तर्गतको अधिकार हो। यस्तो अधिकार हकवालामा सर्ने हुनाले वादी दावी लाग्न सक्छ, दुर्घटनाको कारण र सरोकारको तथ्य वादीलाई थाहा भएको मितिवाट मुद्दा गर्नु परेको कारण उपस्थित भएको मान्नुपर्ने हुँदा दुर्घटना भएको मितिलाई कारण परेको मिति मान्नुपर्ने भन्ने कर्पोरेसनको जिकिर पुग्न सक्ने देखिएन। हदम्यादका सम्बन्धमा अदालतले सुरुदेखि नै संकीर्ण दृष्टिकोण लिन उचित देखिँदैन। फिराद हदम्यादभित्रकै देखिन्छ। तर मुद्दा तह तहवाट खारेज हुँदै आएकोले अन्य प्रश्नहरुमा विचार गरी मुद्दाको किनारा गर्न वाग्मती अञ्चल अदालतमा पठाइदिने ठहर्छ" भनी फैसला गर्नुभएको छ[46]।

दुर्भाग्यपूर्ण नै भन्नुपर्छ कि लामो समयसम्म क्षतिपूर्तिको अवधारणाले नेपालमा प्रवेश पाउन र उपचारको स्थायी व्यवस्थाको रुपमा विकसित हुन सकेन। दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको अभावमा हानि पुगेको व्यक्तिलाई क्षतिपूर्ति प्रदान गर्न सकिँदैन भन्ने सोच नै कानून र न्यायको क्षेत्रमा लामो समयसम्म हावी रह्यो। २०४७ साल पश्चात् भने स्थितिमा परिवर्तन भएको छ। मानव अधिकार कानूनले घरेलु कानून र न्यायिक व्याख्यामा विस्तारै प्रभाव पार्न थालेको र राज्यको दायित्वलाई गम्भीरतासाथ लिन थालिएको छ। परिणामतः केही रिट निवेदनहरुमा पीडितलाई पुगेको हानिको क्षति भराउने सन्दर्भमा आदेशहरु हुन थालेका छन्। यसको उदाहरणको रुपमा वाजुद्दिन मिया[47], राजेन्द्र प्रसाद ढकाल[48], दलबहादुर धामी,[49] नेसार अहमद मिया[50] आदि मुद्दाहरुलाई लिन सकिन्छ।

---

[45] सो रायमा झपट सिंह, सुरेन्द्र प्रसाद सिंह, ब्रम्हदत्त र त्रैलोक्यराजको सहमति छ।

[46] ने.का.प. २०२९ नि.नं. ६९४ पृ. २४०।

[47] *वाजुद्दिन मिया वि. प्र.म. तथा म.प.स. समेत*, **सार्वजनिक सरोकार,** सर्वोच्च अदालतको प्रकाशन, भाग-२ दोस्रो भाग (२०६६), पृष्ठ ३२४।

[48] *राजेन्द्रप्रसाद ढकालसमेत वि. गृह मन्त्रालयसमेत,* ने.का.प. २०६४, नि. नं. ७८१७।

[49] *दलबहादुर धामी वि. प्रधान मन्त्रीसमेत,* ने.का.प. २०७५, नि.नं. ९९९७।

[50] *नेसार अहमद मिया वि. पृथ्वी चन्द्र अस्पताल नवलपरासी*, ने.का.प. २०७५, नि.नं. १००६१; डा. *वुलन्द थापा वि. सुष्मा थापा*, ने.का.प. २०७४, नि.नं. ९८१४।

वाजुद्दिन मियाको मुद्दा निकुञ्जका जनावरले किसानको वाली खाइदिएमा राज्यको के दायित्व रहन्छ भन्ने कुरासँग सम्बन्धित छ। कोशी टप्पु राष्ट्रिय निकुञ्जका जनावरहरुले किसानको वाली खाइदिएको र निकुञ्जलगायत विभिन्न सरकारी निकाय धाउँदा पनि क्षतिपूर्ति नपाएपछि पीडितहरु रिट निवेदन लिएर सर्वोच्च अदालत आए। सो निवेदनमा सुनुवाई गर्दै सर्वोच्च अदालतले राज्य ती जनावरको स्वामी (Keeper) हुँदा दुष्कृति (Tort) अन्तर्गत राज्यले अप्रत्यक्ष दायित्व (Vicarious liability) बोक्नुपर्ने हुन्छ भन्ने उद्‌घोष गऱ्यो। अदालतका अनुसार अन्तरिम संविधानको धारा १८ द्वारा खाद्य सम्प्रभुताको हक प्रत्याभूत गरिएको, सो हकभित्र खाद्य सुरक्षा र भोकविरुद्धको हक पनि पर्ने र सो हकको रक्षा गर्नु राज्यको कर्तव्य हुन्छ। कृषिमा आधारित जनसंख्याको मुख्य पेशा कृषि हुँदा यसमा **"प्राकृतिक वा मानवीय जुनसुकै कारणले पनि क्षति पुग्ने कार्य भएमा कृषिमा निर्भर व्यक्तिको रहन सहन, आर्थिक स्तर र सम्पूर्ण पेशामा प्रतिकूल असर पर्छ"। यस्तो परिस्थितिमा क्षति पुग्ने त्यस्ता किसानलाई क्षतिपूर्ति प्रदान गर्नुपर्छ** भन्ने धारणा अदालतले प्रस्तुत गऱ्यो। यथार्थमा यो मुद्दा कोशी टप्पुका जंगली जनावरले वाली खाएको कुरामा मात्र सम्बन्धित छैन, संविधानमा आर्थिक सामाजिक अधिकारहरुको उद्घोष भएको समेत सन्दर्भमा ती अधिकारहरुको संरक्षणमा राज्यको दायित्वको विस्तृत खाका (Broad Framework of State Liability) अदालतले प्रस्तुत गरेको छ। खाद्य संकट पर्दा राज्यले विदेशबाट खाद्यान्न आयात गरेर भए पनि जनताको जीवन जोगाउने दायित्व राज्यसँग रहन्छ भन्ने धारणा अदालतको छ। यो रिट निवेदनमा अदालतले मौलिक हक र राज्य नीतिका निर्देशक सिद्धान्तहरु[51] र अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानून र विशेषतः ICCPR को धारा ११(२) लाईसँगै राखी तुलनात्मक कानूनका व्यवस्थाहरु समेत हेर्दै[52] यो विषयको स्थायी समाधानको लागि क्षतिपूर्तिसम्बन्धी कानून तथा नीति जे बनाउनुपर्छ यथासक्य छिटो बनाउनु भन्ने निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको छ[53]।

राजेन्द्र प्रसाद ढकाल[54]को मुद्दामा द्वन्द्वकालमा वेपत्ता पारिएका व्यक्तिहरुको विषयमा राज्यको के दायित्व रहन्छ भन्ने प्रश्न उठेकोमा संविधानद्वारा प्रत्याभूत जीवन, सुरक्षा र न्यायसम्बन्धी मौलिक हक र मानव अधिकार कानूनको व्यवस्थाहरु समेतको आधार लिँदै वेपत्ता पारिएका व्यक्तिहरुको विषयमा आवश्यक कानूनसमेत निर्माण गरी उनीहरुको अवस्था पत्ता लगाउनु र दोषी उपर कानूनबमोजिम कारवाही गर्नु भन्दै परिवारलाई उनीहरुले न्याय खोज्न सहायता होस् भन्ने अभिप्रायबाट अन्तरिम राहत स्वरुप रकम अविलम्व उपलव्ध गराउन सरकारका नाममा सर्वोच्च अदालतले आदेश गरेको छ[55]। वेपत्ता व्यक्तिहरुको विषयमा

---

[51] अन्तरिम संविधान, २०६३, धारा ३३(ज), ३५(६) र ३५(१०)।

[52] अदालतले वेलायतको Animal Act 1971 को दफा ४ को जनावरको मालिकबाट क्षतिपूर्ति भराउने व्यवस्थाको उल्लेख गरेको छ।

[53] यो विवादमा तत्काल क्षतिपूर्ति भराउनुपर्ने कुरालाई मध्यनजर गर्दै अन्तरिम उपायको रुपमा क्षतिपूर्ति निर्धारण गर्न प्रमुख जिल्ला अधिकारीको संयोजकत्वमा निकुन्ज वा आरक्ष र किसानका प्रतिनिधि, बन, मालपोत, कृषि कार्यालयसमेतका सरोकारवाला रहेको एउटा समिति बनाई निवेदन लिने, क्षति यकिन गर्ने र मनासिव क्षतिपूर्ति प्रदान गर्ने कार्य गर्नु भनी आदेश जारी गऱ्यो।

[54] *जेन्द्र प्रसाद ढकालसमेत वि. गृह मन्त्रालयसमेत*, ने.का.प. २०६४, नि. नं. ७८१७।

[55] सो मुद्दामा अदालतले "यस अदालतको आदेशबाट गठित कार्यटोलीको अनुसन्धानबाट समेत मृत्यु भैसकेको पुष्टि भएको भनिएका व्यक्ति चक्रबहादुर कटुवालको हकमा तात्कालिक राहतको रुपमा तिनको नजिकको हकवालालाई र अन्य मृत घोषित भएका परिवारलाई जनही २ लाख रुपैया क्षतिपूर्ति दिने, यस अदालतको अनुसन्धान टोलीबाट छानबिन गरिसकिएको सुरक्षाकर्मीले पक्राउ गरी बेपत्ता पारिएको निष्कर्ष निकालिएका राजेन्द्रप्रसाद ढकाल, बिपिन भण्डारी र दिलबहादुर

राज्यको दायित्व निर्धारण गर्दा यो विवादमा अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकारसम्बन्धी क्षेत्रीय अदालतहरुका निर्णयहरु[56] तथा भारतमा रुदल शाहसमेतका माथि उल्लिखित मुद्दाहरुलाई सर्वोच्च अदालतले दृष्टान्तको रुपमा प्रस्तुत गरेको छ।

पछिल्लो समयमा राज्यको दायित्व व्यक्तिलाई पक्राउ गर्दा वा राज्यको संलग्नतामा वेपत्ता पार्दा मात्र हुने होइन, राज्यद्वारा सञ्चालित अस्पताल वा स्वास्थ्यसम्बन्धी अधिकारीहरुले प्रदान गरेको सेवा त्रुटिपूर्ण रहेको कारण व्यक्तिको ज्यान मर्न गएकोमा पनि हुने घोषणा गर्दै सर्वोच्च अदालतले पीडितका परिवारलाई क्षतिपूर्ति भराउने फैसला गरेको छ[57]। यीमध्ये **डा. दिनेश विक्रम शाहको**[58] मुद्दा चिकित्सकले गलत औषधी प्रयोग एवं उपचारमा हेलचेक्र्याइँ गर्दा विरामीको आँखाको दृष्टि गुमेको विषयसँग सम्बन्धित छ। सो रिट निवेदनमा जीवन, स्वास्थ्य र स्वास्थ्य सेवाको अधिकार र चिकित्सकीय लापर्बाहीको कारण सो अधिकारहरुमा पर्ने असरबारे प्रकाश पार्दै चिकित्सकीय लापर्बाहीबारे अदालतले व्याख्या गरेको छ। विरामीको हेरचाह गर्नुपर्ने दायित्व चिकित्सक र उ संलग्न निजी क्लिनिकको समेत हुने कुरा उल्लेख गर्दै सो मुद्दामा पीडितलाई चिकित्सक र उ संलग्न क्लिनिकबाट क्षतिपूर्ति भराउने निर्णय पनि अदालतले गरेको छ[59]।

दलबहादुर धामीको मुद्दा[60] जनस्वास्थ्य अधिकारीहरुद्वारा बालबालिकामा दिइएको खोप प्रदूषित भएको कारण चारजना दलित परिवारका बालबालिका खोप लगाएको केही घन्टामा विरामी परी भोलिपल्ट नै मरेको घटनासँग सम्बन्धित छ। सो विषयमा दायर गरिएको सार्वजनिक सरोकारको निवेदनमा सुनुवाई गर्दै सर्वोच्च अदालतले राज्यको दायित्वबारे विस्तृत व्याख्या गरेको छ। अदालतका अनुसार "राज्यले नागरिकलाई औषधी/खोपलगायतका स्वास्थ्य सेवाहरु उपलब्ध गराउनु मात्रै पर्याप्त हुँदैन र यसो गर्दैमा नागरिकहरुको स्वास्थ्यसम्बन्धी अधिकार प्रत्याभूत भएको भनी मान्न मिल्दैन। राज्यले उपलब्ध गराएका यस प्रकारका सेवाहरु कुन गुणस्तरका छन् र तिनले लक्षित वर्गको स्वास्थ्यसम्बन्धी समस्या समाधान गर्न सक्छन् वा सक्दैनन् भन्ने हेर्नुपर्छ। गुणस्तरीय सेवा पाउनु नागरिकको हक हो भने गुणस्तरीय सेवा उपलब्ध गराउनु राज्यको कर्तव्य हो। ... स्वास्थ्य सेवा जस्तो मानिसको बाँच्न पाउने हक (Right to Life) सँग प्रत्यक्ष रुपमा जोडिएको सेवालाई राज्यले संवेदनशील रुपमा लिई यसको वितरण गर्दा पर्याप्त

राईको हकमा जनही एक लाख पचास हजार र बाँकी निवेदनमा उल्लिखित स्थिति प्रष्ट नभएका व्यक्तिहरुको हकमा जनही १ लाख रुपैया तात्कालिक राहत स्वरुप अविलम्ब उपलब्ध गराई दिनु भनी नेपाल सरकार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयको नाममा नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा १०० र १०७(२) अनुसार आदेश जारी" गरेको छ।

[56] Velasquez Rodriguez v Honduras, Petition no 7920/1981 decision dated Jul. 28, 1988; *Trujillo Oroza v. Bolivia* (IACHR) Decision dated Jan. 26, 2000; *Kurtz v. Turkey* (ECHR) Application no 2476/94 May 25, 1998.

[57] डा. दिनेश विक्रम शाह वि. सृजना केसिसमेत ने.का.प. २०६६ नि.नं. ८२६२ पृ १८१९, दलबहादुर धामी वि. प्रधानमन्त्रीसमेत ने.का.प. २०७५ नि.नं. ९९९७ पृ ७५९; नेसार अहमद मिया वि. पृथ्वी चन्द्र अस्पताल नवलपरासी ने.का.प. २०७५ नि.नं. १००६१ पृ १४०८; डा. वुलन्द थापा वि. सुष्मा थापा ने.का.प. २०७४ नि.नं. ९८१४ पृ ८७१

[58] डा. *दिनेश विक्रम शाह वि. सृजना के.सी.समेत,* ने.का.प. २०६६, नि.नं.८२६२।

[59] यो मुद्दामा पीडितलाई रु ६,१७,११९।९४ क्षतिपूर्ति स्वरुप भराइएको छ।

[60] *दलबहादुर धामी वि. प्रधानमन्त्रीसमेत,* ने.का.प. २०७५, नि.नं. ९९९७।

सावधानी अपनाउनुपर्छ। त्यसैगरी औषधी र खोपको वितरण गर्दा तथा अन्य उपचारको विधिहरु अपनाउँदा उपचारमा संलग्न चिकित्सकले पनि पर्याप्त सावधानी (Due Diligence) अपनाउनु पर्छ। प्रभावकारी उपचारको लागि सही औषधी, सही मात्रामा, सही तरिकाले, सही अवधिभित्र, सेवन/प्रयोग गर्न आवश्यक हुन्छ। राज्यले नागरिकलाई खोप तथा औषधी वितरण गर्नु कोरा औपचारिकताको विषय मात्र होइन। यो नागरिकको स्वास्थ्यसम्बन्धी समस्या समाधान गरी नागरिकको स्वास्थ्यसम्बन्धी अधिकारको प्रत्याभूत गर्नको लागि राज्यले गर्नुपर्ने अहम् दायित्वको विषय हो। तसर्थ औषधी/खोपको स्तर कस्तो छ र त्यसले प्रयोगकर्ता नागरिकहरुलाई नकारात्मक असर गर्छ वा गर्दैन भन्ने सम्बन्धमा राज्यले पर्याप्त गृहकार्य गर्नुपर्छ र कुनै प्रकारको नकारात्मक असर वा हानि पुग्न गएको अवस्थामा अपनाउनुपर्ने उपायहरुको सम्बन्धमा समेत राज्य सजग र तयार रहनुपर्छ।...कुनै अमुक कारणले खोप प्रदूषित भएको कारण देखाउँदैमा आफूले वितरण गरेको खोपले पारेको नकारात्मक प्रभावको कारण सृजित दायित्वबाट राज्यले उन्मुक्ति पाउँदैन" भन्ने पनि अदालतले व्याख्या गरेको छ। सो मुद्दामा उपर्युक्त संवैधानिक सन्दर्भ र तर्कको आधारमा अदालतले प्रत्येक मृतक बालबालिकाका परिवारहरुलाई १० लाखको दरले क्षतिपूर्ति तीन महिनाभित्र जिल्ला प्रशासन कार्यालय डोटीमार्फत उपलव्ध गराउनु र प्रदूषित खोपको कारण विरामी भएका बालबालिकाको निशुल्क उपचार गर्नु भनी विपक्षीहरुका नाममा परमादेशको आदेश जारी गरेको छ।

नेसार अहमद मियाको मुद्दा सरकारी अस्पतालमा हेलचेत्र्याइँपूर्वक उपचार भएको कारण एउटी २० बर्षे सुत्केरीको मृत्यु हुन गएको विषय र डा. वुलन्द थापाको मुद्दा उपचारमा भएको असावधानीको कारण एउटा किशोरीको खुट्टा काट्नु परेको विषयसँग सम्बन्धित छन्[61]। नेसार अहमदको मुद्दामा अस्पतालमा भौतिक पूर्वाधारको अभाव तथा कमजोर (Deficient) सेवाका कारण सुत्केरीलाई सेप्टिसेमिया भएको भन्दै अस्पतालबाट पीडित परिवारलाई क्षतिपूर्ति भराइएको छ भने डा. वुलन्द थापाको मुद्दामा अस्पतालबाट लापर्बाही भएको नभै चिकित्सकले नै लापर्बाहीपूर्ण कार्य गरेको भनी उपचारमा संलग्न चिकित्सकबाट क्षतिपूर्ति भराइएको पाइन्छ। नेसार अहमदको मुद्दामा अदालतले दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको तर्क प्रयोग गर्दै विरामीको सेवामा संलग्न चिकित्सकको प्रत्यक्ष दायित्व (Direct Liability) र उ संलग्न संस्थाको गुणस्तरीय सेवा प्रदान गर्ने परोक्ष दायित्व (Vicarious Liability) हुने कुरा स्पष्ट गरेको छ भने बुलन्द थापाको मुद्दामा संलग्न चिकित्सकको प्रत्यक्ष दायित्वको कुरा गरिएको छ।

५. छलफल

नेपालको कानूनी व्यवस्थाको सन्दर्भमा क्षतिपूर्तिसम्बन्धी व्यवस्थालाई संविधानमा वर्णित, फौजदारी कानूनमा वर्णित, देवानी कानूनमा वर्णित र विशेष कानूनहरु[62] र दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनमा वर्णित व्यवस्था गरी विभिन्न वर्गमा चर्चा गर्न सकिन्छ। संविधानद्वारा राज्य उपर फौजदारी र देवानी दुवै प्रकृतिको दायित्व सुम्पिएको र सो दायित्वको उल्लंघन हुँदा क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने व्यवस्था गरिएको देखिन्छ। संविधानमा

---

[61] *नेसार अहमद मिया वि. पृथ्वी चन्द्र अस्पताल नवलपरासी*, ने.का.प. २०७५, नि.नं. १००६१; *डा. वुलन्द थापा वि. सुष्मा थापा*, ने.का.प. २०७४, नि.नं. ९८१४।

[62] जस्तो नागरिक अधिकार ऐन, करार ऐन, उपभोक्ता संरक्षण ऐन, प्रतिस्पर्धा तथा बजार नियन्त्रण ऐन आदि।

उल्लिखित हकहरुमध्ये केही हकहरु जस्तो वैयक्तिक एवं वाक प्रकाशन, आवास, पेशा आदिको स्वतन्त्रता, समानता, विभेदहिनता, सम्पत्ति, धर्म, गैरकानूनी गिरफ्तारी, वा इच्छाविरुद्ध काममा लगाउने आदि कार्यविरुद्धका केही हकहरु नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ मा पनि उल्लिखित छन्[63]। यी अधिकारहरु उल्लंघन हुँदा सोही ऐनको दफा १७(३) अनुसार अदालतले ठहर गरेबमोजिम अधिकारमा आघात परेको व्यक्तिले क्षतिपूर्ति पाउँन सक्छ। साथै गैरकानूनी कर लगाइएको वा कानूनको अख्तियारी वेगर सम्पत्ति अपहरण गरेको वा नोक्सान पारेको अवस्थामा दफा १८ बमोजिम "**हर्जनासहित सम्पत्ति फिर्ता पाउँ**" भनी क्षति पुगेको व्यक्तिले उच्च अदालतमा नालिस उजुर गर्न सक्छ। तर सोही दफाको प्रतिवन्धात्मक व्यवस्थामा "**तर कुनै सरकारी कर्मचारीले गरेको अनधिकृत (टर्टस) कामको निम्ति नेपाल सरकारले क्षतिपूर्ति दिने छैन**" भन्ने उल्लेख भएबाट नागरिक अधिकार ऐनले क) सरकारी कर्मचारीले आफ्नो कर्तव्यपालनको सिलसिलामा कुनै कार्य गर्दा कुनै व्यक्ति वा समुदायलाई हानि नोक्सानी हुन गएमा सोको दायित्व सरकारले वेहोर्ने तर ख) सरकारी अधिकारीको अनधिकृत कार्य (Tortious Act) को कारण सिर्जित दायित्व सोही कर्मचारीले बेहोर्नुपर्ने व्यवस्था गरी दायित्वको विषयमा परम्परागत कमन ल सापेक्ष व्यवस्था कायम गरेको देखिन्छ। देवानी प्रकृतिको हानि नोक्सानी भराउन नालेश उजुर गर्नुपर्ने स्थितिमा सम्बन्धित कर्मचारीलाई सूचना दिए पुग्ने व्यवस्थाले पनि सोही सैद्धान्तिक धारलाई समात्छ[64]। साथै कर्मचारीले गरेको अनधिकृत कार्य (Tortious Act) को लागि सरकारले क्षतिपूर्ति वेहोर्ने छैन भन्ने व्यवस्थालाई अब देवानी संहिताको परिच्छेद १७ अन्तर्गत दुष्कृतिसम्बन्धी व्यवस्थासँगै राखेर हेरेमा निजी कानून अन्तर्गत सार्वजनिक पदाधिकारीहरु उपर व्यक्तिगत मुद्दा चलाई उपचार खोज्ने उपाय सम्बन्धित व्यक्तिमा सुरक्षित रहेको देखिन्छ। तर भारतको संविधानमा जस्तै हाम्रो संविधानमा पनि धारा ४६ मा संवैधानिक उपचारको हकलाई मौलिक हकको रुपमा राखिएको र मानव अधिकार कानूनको व्यापक दायराभित्र अधिकारहरुको सम्मान, संरक्षण र उपभोगको सुनिश्चितता गर्नुपर्ने दायित्व राज्यमा रहे भएको र अब हाम्रा अदालतहरुले पनि व्यक्ति वा समूहलाई पुग्न गएको हानि नोक्सानीमा सरकारबाट क्षतिपूर्ति भराउन थालेको[65] समेत सन्दर्भमा प्रत्यक्ष वा परोक्ष रुपमा संवैधानिक दुष्कृति तथा राज्यको दायित्व (State Liability) सम्बन्धी वृहत अवधारणालाई हामीहरुले पनि अङ्गीकार गरेको मान्नुपर्ने हुन्छ। अर्को शव्दमा हाम्रो संविधानले दुष्कृतिको परम्परागत दायराभन्दा बाहिर पनि राज्यको दायित्वको रेखा कोरेर संवैधानिक दुष्कृतिको सिद्धान्तसमेतलाई आत्मसात गर्दै अधिकारको हर तरहले सम्मान गर्ने प्रतिवद्धता व्यक्त गर्ने राज्यको परिकल्पना गरेको देखिन्छ।

जहाँसम्म राज्यको दायित्व निर्धारणका आधार के हुन सक्छन् भन्ने प्रश्न छ, दायित्व कुनै व्यक्ति वा व्यक्तिहरुको समूहलाई हानि पुगेको अवस्थामा निर्धारण गरिने विषय हो। त्यसैले यसमा सर्वप्रथम दायित्व के कसरी वितरण हुन सक्छ भन्ने हेरिनुपर्छ। अर्थात यो हानि सार्वजनिक पदाधिकारीद्वारा कर्तव्यपालनको

63 नागरिक अधिकार ऐन, २०१२, दफा ३ देखि १५।

64 हेर्नुहोस् नागरिक अधिकार ऐन, २०१२, दफा १८ र निजामती सेवा ऐन, २०४९, दफा ५७।

65 माथि उल्लिखित वाजुद्दिन मिया, नेसार अहमद, दलबहादुर धामी र राजेन्द्र ढकालका मुद्दाहरु।

सिलसिलामा आफ्नो अख्तियारी अन्तर्गत रहेर कार्य गर्दा हुन पुगेको हो वा त्यस्तो पदाधिकारीले अख्तियारी नाघेर कार्य गरेको वा कर्तव्यबारे सूचना दिइँदा दिइँदै सर्मनाक रुपले कार्य गरेको वा कर्तव्यमा चुकेको वा इर्ष्या, द्वेश वा कपटपूर्ण वा स्वेच्छाचारी व्यवहार गरेको वा लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँपूर्वक कार्य गरेको वा आफ्नो दायित्वप्रति चरम वेवास्ता गरेको कारण सिर्जित भएको हो, सो हेरिनुपर्छ। कुनै पदाधिकारीले जानाजानी द्वेषपूर्वक वा हेलचेत्र्याइँ वा लापर्बाहीपूर्वक कार्य गरेको वा अकर्मण्यता प्रदर्शित गरेको कारण हानि हुन गएको छ र त्यसमा सरकारको कुनै भूमिका छैन भने त्यस्तो कार्यबाट हुन गएको क्षति उसैबाट भराउन उचित हुन्छ। तर जहाँ सरकारी पूर्वाधारहरु (उदाहरणको लागि स्वास्थ्य वा सुरक्षासम्बन्धी पूर्वाधार) नै विद्यमान छैनन् वा भए पनि कमजोर वा त्रुटिपूर्ण छन् वा जहाँ व्यक्तिसँग व्यवहार गर्दा जुन मापदण्डको अनुसरण गरिनुपर्ने हो सो मापदण्ड नै छैन वा आम रुपमा अनुसरण नगरिएको अवस्था छ, वा कार्य गर्ने पदाधिकारीको छनौट वा नियुक्तिमा नै त्रुटि भएको छ (योग्यता नपुगेको व्यक्ति राखिएको छ) भने त्यस्तोमा सरकारले नै दायित्व बेहोर्नुपर्ने हुन्छ। समग्रमा मुलुकी देवानी संहिता २०७४ को दफा २७ को मनसाय पनि त्यही हो भन्ने देखिन्छ।

तुलनात्मक विधिशास्त्र र अदालती व्यवहार हेर्दा सार्वभौमिक उन्मुक्ति (Sovereign Immunity) को अवधारणालाई पूर्णतः अस्वीकार नगरिएको भएपनि जहाँसम्म सरकारी वा सार्वजनिक कार्यबाट संविधान प्रदत्त हकमा हनन् भै व्यक्तिलाई क्षति भराउने कुरा छ सो हदसम्म उन्मुक्तिलाई अत्यन्त संकुचित पारिएको र राज्यको प्रत्यक्ष वा परोक्ष दायित्व के हो भन्ने कुरालाई त्यति महत्त्व नदिइएको पाइन्छ। मानव अधिकार कानूनको सम्मानप्रति प्रतिवद्ध राज्य व्यवस्था कायम गरिएको वर्तमान सन्दर्भमा अधिकारहरुको संरक्षणको लागि यो नै उपयुक्त र प्रभावकारी बाटो हो भन्ने देखिन्छ।

यसैसँग जोडिएको अर्को प्रश्न के कस्तो हानि भराउने भन्ने हो। हानि प्रत्यक्ष र वास्तविक हुनुपर्छ अर्थात अप्रत्यक्ष वा अवास्तविक हुनुहुँदैन। अर्को शव्दमा कार्य वा अकर्मण्यता (Act or Omission) र परिणाम (Result) बीच कार्य र प्रभावको सोझो सम्बन्ध (Direct Causal Relation) हुनुपर्छ। बीचमा कुनै वाह्य तत्वले प्रभाव पारेको हुनुहुँदैन। साथै हानि सामान्य किसिमको र वेवास्ता गर्न सकिने खालको पनि हुनुहुँदैन। क्षतिपूर्तिको उद्देश्य न्यूनतम रुपमा पनि हानि पुगेको व्यक्तिलाई हानि पुग्नुभन्दा अघिको अवस्था (Status quo ante) मा फर्काउने किसिमको त हुनुपर्छ नै तर राज्यको दायित्व अधिकारको प्रचलन गराउनेसमेत हुँदा भविष्यमा समेत सहजतापूर्वक हक प्रचलन हुन सक्छ भन्ने कुरा सुनिश्चित गरिनुपर्ने कुरासमेतलाई विचार गरेर क्षतिपूर्ति भराइनु उचित हुन्छ।

संवैधानिक दुष्कृतिको सन्दर्भमा हेरिनुपर्ने अर्को कुरा तुलनात्मक कानूनमा यस सम्बन्धमा भएको विकास हो। विभिन्न देशको अदालती व्यवहार हेर्दा वेलायतका अदालत अझै पनि दुष्कृतिसम्बन्धी दायित्व र मानव अधिकार कानून अन्तर्गतको दायित्वलाई मिसाई हेर्न अनिच्छुक देखिन्छन् भने दक्षिण अफ्रिकामा मानव अधिकार ऐनको कार्यान्वयन नै राज्यको प्रमुख एजेन्डा बनेको र यस क्रममा अधिकारको संरक्षणमा राज्यको पूर्ण दायित्व (Complete State Responsibility) को अवधारणालाई सो मुलुकले अनुसरण गरेको देखिन्छ। अमेरिका र भारतमा सर्वोच्च अदालतले संविधान अन्तर्गत क्षतिपूर्ति भराउने क्षेत्राधिकारलाई

दुष्कृति सम्बन्धमा प्राप्त हुन सक्ने उपचारको पुरक उपचारको रुपमा लिएको देखिन्छ। अमेरिकामा राज्यद्वारा गरिने विभेद र दुर्व्यवहारको कारण काला र अल्पसंख्यकहरु आफ्नो अधिकार संरक्षणमा संवैधानिक दुष्कृति कानून प्रभावकारी हुने ठान्छन् र यसलाई प्रभावकारी वनाइनुपर्छ भन्छन् भने कमन लका परम्परागत पक्षधरहरु दुष्कृतिको क्षेत्राधिकारलाई निजी रुपमा खोजिने उपचारको रुपमा राखिनुपर्छ। सार्वजनिक पदाधिकारीहरुलाई उनीहरुको कामको लागि व्यक्तिगत रुपमा उत्तरदायी बनाउन थालियो भने शान्ति र सुव्यवस्था कायम गर्ने उनीहरुको कार्यक्षमतामा प्रतिकूल असर पर्छ भन्छन्।

तर तुलनात्मक कानूनको अध्ययनको क्रममा विर्सन नमिल्ने कुरा के छ भने दुष्कृति उपचारको न्यूनतम उपाय हो। यसले क्षतिपूर्तिको आधारविन्दुसम्म तयार गर्छ। मानव अधिकार कानूनले न्यायमा उचाई थप्दै पूर्ण न्यायको मार्ग तर्फ मुलुकलाई डोऱ्याउछ। यो कानूनले सबै मुलुकहरुमा कुनै न कुनै रुपमा प्रभाव पारेको छ। यही प्रभावको एउटा आयामको रुपमा दुष्कृतिसम्बन्धी व्यवस्थालाई संवैधानिक दायित्वसँग जोडी हेर्नुपर्ने र सकिने अवस्था परेको छ। परिणामस्वरुप अव नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १८ मा भनिए जस्तो गलत कार्य वा अकर्मण्यताको दोष कर्मचारीमा थोपरेर राज्य उम्कन पाउने स्थिति छैन। जहाँ अधिकारहरु हनन् भएका छन, व्यक्तिलाई क्षति पुगेको छ राज्य मल्हम लगाउन अघि सर्नै पर्छ। मानव अधिकार कानूनको पदचापलाई संवैधानिक व्यवस्थाको रोहमा राज्यको दायित्व निर्धारणको सन्दर्भमा नियाल्नुपर्ने आवश्यकता र दरकार परेको देखिन्छ।

दायित्व निर्धारण कै क्रममा सार्वजनिक पदाधिकारीहरुको अकर्मण्यता (Omission) लाई कसरी हेर्ने भन्ने प्रश्न पनि उत्पन्न हुन्छ। मुलुकी देवानी संहिता २०७४ को दफा २७ र २८ को को अतिरिक्त दफा ६७२ मा त्रुटि, लापर्बाही वा हेलचेक्र्याइपूर्वक गरिएको **"काम (कमिसन) वा अकर्मण्यत (अमिसन) बाट कसैको जिउ, ज्यान वा सम्पत्ति वा कानूनबमोजिम संरक्षित हक वा हितमा कुनै किसिमको हानि नोक्सानी पुगेमा"** सो त्रुटि, लापर्बाही वा हेलचेक्र्याइँ दुष्कृतिको विषय बन्ने व्यवस्था गरिएको छ। अकर्मण्यता चाहे व्यक्तिले गरोस् वा सार्वजनिक पदाधिकारीले कुरा एउटै हो। उनीहरुको अकर्मण्यता पनि दायित्व निर्धारण गर्ने आधार बन्छ र क्षतिपूर्ति निर्धारणको यो एउटा बाटो हुन सक्छ। नेपालमा हामीहरुले चिकित्सकीय लापर्बाहीका मुद्दाहरुमा समुचित परिश्रम (Due Diligence) नगरेको भनी दायित्व निर्धारणमा अकर्मण्यतालाई पनि आधार मानेका छौं । वस्तुतः चिकित्सकीय लापर्बाहीका मुद्दाहरु दुष्कृतिका मुद्दाहरु हुन् र यो विषय दुष्कृतिसम्बन्धी व्यवस्थाकै भावभूमिमा खडा भएको बिषय हो। तर यो विषयलाई उपभोक्ता संरक्षण ऐन मात्र नभै मौलिक हकको नजरवाट समेत नेपालमा हेरिएको छ[66]।

दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको प्रयोग अन्य कैयौं क्षेत्रमा हुन सक्छ। जङ्गली जनावरले वाली खाएको विषय, सडक निर्माण सुधार नगरेको वा ढलको मुख खुल्लै छाडेको वा विषाधीको नियन्त्रण वा व्यवस्थापन राम्रोसँग नगरेको कारण पुग्न गएको क्षति भराउने आदि इत्यादि अनेक विषय हुन सक्छन् जसमा सरकारी अधिकारीहरुलाई जिम्मेवार बनाउन यो क्षेत्राधिकारको प्रयोग हुन सक्छ। फरक यति हो कि यी प्रत्यक्ष वा

---

[66] नेपालको संविधान, धारा १६, धारा ३५, धारा ४४।

अप्रत्यक्ष दायित्व अन्तर्गतको विषय मात्र नभै संस्थागत असफलता (Organizational failure- *faute de service*) का विषय पनि हुन्। यस्तोमा व्यक्तिवाट होइन कि राज्यबाट नै क्षतिपूर्ति भराउन उचित हुन्छ। यस्तोमा अन्य कुराको अतिरिक्त संविधान प्रदत्त "सम्मानपूर्वक बाच्न पाउने हक" मौलिक हकको उपभोगमा बाधा परेको भनी क्षति भराउन सकिन्छ।

६. हाम्रो संवैधानिक एवं कानूनी गन्तव्य र कार्यदिशाः निष्कर्षमा केही विचारहरु

माथिल्ला खण्डहरुमा नेपालको संवैधानिक व्यवस्थाको सन्दर्भमा संवैधानिक दुष्कृतिको अवधारणात्मक पक्ष, तुलनात्मक कानूनमा यसको प्रयोग, मानव अधिकार कानूनले राज्यको दायित्वबारे खिचेको रेखा र त्यसले दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनमा पारेको प्रभाव, नेपालको कानूनी व्यवस्था र अदालतले अनुसरण गरिआएको अभ्यास बारेमा चर्चा गरियो। सो गर्ने क्रममा परम्परागत रुपमा दुष्कृतिलाई निजी उपचारको प्रक्रियाको रुपमा हेरिएकोमा राज्यका पदाधिकारीहरुवाट अधिकारको हनन् भएको स्थितिमा संवैधानिक कानून अन्तर्गत क्षतिपूर्ति पाउने मानकको रुपमा प्रयोग भएको पाइयो। विभिन्न मुलुकका दृष्टान्तहरुले यही कुराको परिपुष्टि गरेका छन्।

उपसंहारको क्रममा अब हाम्रो संवैधानिक र कानूनी गन्तव्य बारेमा सोच्दा केही कुराहरु अरु स्पष्टसँग राख्न आवश्यक देखिन्छ। हाम्रो संविधानले संवैधानिक उपचारको हकलाई पनि मौलिक हकको रुपमा राखेको र सर्वोच्च अदालत र उच्च अदालतलाई सार्वजनिक हक र सरोकारको विवाद हेर्ने क्षेत्राधिकार प्रदान गरेबाट अधिकारको उपभोगलाई महत्त्व दिएको कुरा स्पष्ट देखिन्छ। हामीले कल्पना गरेको न्यायपालिका स्वतन्त्र मात्र होइन **"सक्षम न्यायपालिका"** हो। यस्तो न्यायपालिकाले अधिकारहरुलाई उपचारविहीनताको अवस्थामा छाड्न कदापि सक्दैन। हाम्रो संविधानको धारा १३३(२) मा मौलिक हकको प्रचलनको लागि **"आवश्यक र उपयुक्त आदेश जारी गर्ने, उचित उपचार प्रदान गर्ने, त्यस्तो हकको प्रचलन गराउने वा विवादको टुंगो लगाउने असाधारण अधिकार"** सर्वोच्च अदालतलाई प्रदान गरिएको छ। मौलिक हकको प्रचलनको लागि "आवश्यक र उपयुक्त आदेश" जारी गर्ने अधिकार उच्च अदालतलाई पनि छ[67]। प्रदान गरिएको क्षेत्राधिकारले अमुक मुद्दामा प्रभावकारी न्याय प्रदान गरी पूर्ण न्यायको मार्गमा अघि वढ्न अदालतहरुलाई मद्दत गर्छ।

यद्यपि जिल्ला अदालतलाई सर्वोच्च र उच्च अदालतलाई जस्तो अधिकार प्रदान गरिएको छैन तर मुलुकी देवानी संहितामा गरिएका दुईवटा व्यवस्थाहरुले हाम्रो न्याय व्यवस्थालाई निर्देशित गर्ने देखिन्छ। सोमध्ये पहिलो दायित्वसम्बन्धी व्यवस्था हो। देवानी संहिताको दफा ४९४ मा "कुनै काम गर्न वा नगर्नका लागि कानूनी रुपमा वाध्यता भएकोमा त्यस्तो काम नगरे वा गरेमा दायित्व सृजना हुनेछ" भनिएको छ। दायित्व कानून, करार, अप्रत्यक्ष वा अर्ध करार, अनुचित समृद्धि (Unjust Enrichment), दायित्व लिने गरी भएको कुनै व्यक्तिको एकतर्फी प्रतिवद्धता, कानूनबमोजिम दुष्कृति (Torts) मानिने काम, कानूनबमोजिम अर्ध दुष्कृति मानिने कामबाट सृजना हुने व्यवस्था दफा ४९४(१) मा गरिएको छ। यसरी दायित्व सृजना हुने

---

[67] नेपालको संविधान, धारा १४४।

विस्तृत व्यवस्था संहितामा गरिएकोबाट राज्यका निकायदेखि सार्वजनिक पदाधिकारीहरु संविधानद्वारा सिर्जित दायित्वको व्यवस्थाबाट पन्छिन मिल्ने देखिँदैन। दोस्रो, देवानी कार्यविधि संहिता कानून अपर्याप्त वा अस्पष्ट भएको आधार लिई मुद्दाको निर्णय गर्नबाट न्यायाधीश पन्छिन नपाउने व्यवस्था गरिएको छ। कानून अपर्याप्त वा अस्पष्ट रहेको स्थितिमा "न्यायका मान्य सिद्धान्तको आधारमा" अदालतले न्याय गर्नुपर्छ[68]। त्यति मात्र नभै संविधानमा नै न्यायसम्बन्धी अधिकारको प्रयोग अन्य कुराहरुको अतिरिक्त "न्यायका मान्य सिद्धान्तबमोजिम" हुने व्यवस्था गरिएको छ[69]। तसर्थ हाम्रो संवैधानिक र कानूनी सन्दर्भमा राज्यको विस्तीर्ण दायित्वको रेखा कोरी त्यसको आलोकमा अमुक मुद्दामा राज्यको दायित्व के हो र यसले सो दायित्वको पालना नगर्दा व्यक्तिलाई के कस्तो हानि पुग्न गएको छ भन्ने यकिन गरी न्याय गर्नु अदालतको कर्तव्य बन्दछ।

दुष्कृति मूलतः देवानी दायित्वसँग सम्वन्धित निजी उपचारको व्यवस्था हो। यसमा हानिलाई आर्थिक रुपमा मापन गर्ने र भराउने कोसिस गरिन्छ। क्षतिपूर्ति न्यायको मूल कुरा हो। यसको अभावमा न्याय व्यवस्था मर्छ। मुलुकी देवानी संहितामा गरिएको दायित्व र दुष्कृतिसम्बन्धी व्यवस्थाको भावभूमि पनि यही हो। राज्यको आडमा सार्वजनिक पदाधिकारीहरुले गरेका गलत कार्य वा अकर्मण्यतामा यो संवैधानिक दायित्वको विषय बन्ने हो। हाम्रो अदालती अभ्यासलाई हेर्दा क्षतिपूर्ति भराउने सन्दर्भमा हामीहरुले राज्यको दायित्व र सार्वजनिक पदाधिकारीको दायित्वबीच स्पष्ट रेखा कोर्न सकेका छैनौं। नेसार अहमदको मुद्दामा मात्र राज्यले अस्पतालमा आवश्यक पूर्वाधार नराखेको र रोगीको उपचारमा निश्चित मापदण्ड बनाई लागू गर्न नसकेको कुरालाई मध्यनजर गर्दै अस्पतालबाट क्षतिपूर्ति भराइएको छ। हाम्रो जस्तो भौतिक पूर्वाधारको अभाव भएको मुलुकमा यदि सार्वजनिक पदाधिकारीबाट व्यक्तिगत रुपमा अक्षम्य कार्य भएको वा सर्मनाक व्यवहार गरिएको वा द्वेश वा कपटपूर्ण कार्य भएको वा सम्भावित क्षतिबारे पूर्व जानकारी हुँदाहुँदै पनि कर्तव्य निर्वाहमा जानाजानी लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँ गरेको कारण पीडितलाई क्षति पुगेको अवस्था छ भने मात्र अरुलाई पनि कर्तव्य निर्वाहमा दृष्टान्त हुने गरी त्यस्तो पदाधिकारीबाट क्षतिपूर्ति भराउनु उपयुक्त हुन्छ। त्यसवाहेक जहाँ क्षति निश्चित स्रोत केन्द्रित नभै विभिन्न स्रोतमा वितरीत छ वा कारण र परिणामबीच सोझो सम्बन्ध छैन र समयको अन्तरालले गर्दा कसको दोष हो भन्न कठिन हुने स्थिति छ, यस्तो स्थितिमा सार्वजनिक पदाधिकारीलाई व्यक्तिगत दायित्व बोकाउनु उपयुक्त देखिँदैन। सार्वजनिक पदाधिकारीले गल्ती गरेको स्थितिमा पनि यदि त्यस्तो पदाधिकारीको आर्थिक हैसियतको कारण उसबाट क्षति भरिन सक्ने अवस्था छैन भने राज्यबाट क्षति भराउनु उपयुक्त हुन्छ। क्षति भराउँदा के कस्तो दायित्वको उल्लंघन हुन गएको हो, कार्य वा अकर्मण्यता र परिणामबीच कति नजिकको सम्बन्ध छ, त्यसैगरी आर्थिक रुपमा गरिने क्षतिको पूर्ति न्यायको उपयुक्त माध्यम बन्न सक्छ वा सक्दैन भन्ने कुराहरु विचारणीय हुन्छन्। फौजदारी मुद्दामा कसुरदारले सजाय पायो तर पीडितले के पायो भन्ने प्रश्नहरु उठेका कारण पीडितलाई न्यायको केन्द्रमा ल्याउन पुनर्स्थापकीय न्यायलाई आजभोलि महत्त्व दिन

[68] मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता, २०७४, दफा १२।

[69] नेपालको संविधान, धारा १२६(१)।

थालिएको छ। देवानी विवादमा क्षतिको पूर्ति प्रमुख मुद्दा हुने नै भयो। तसर्थ क्षतिपूर्तिसम्बन्धी विषयहरुलाई गहिराइमा पुगेर हेरिनु र जाँचिनुपर्छ र गरिव र निमुखालाई न्यायको व्यापक दायराभित्र सुरक्षित गर्दै संवैधानिक हकको निर्वाध प्रचलनलाई सम्भव बनाइनुपर्छ।

दुष्कृति निजी कानूनको व्यवस्था हुँदाहुँदै पनि सार्वजनिक पदाधिकारीहरु संलग्न हुने र उनीहरुले राज्यको आडमा (in the Color of State) कार्य गर्ने भएको कारण यसलाई संवैधानिक कानूनको रोहमा हेरिएको हो। वर्तमानमा राज्यको सेवाजन्य कार्य विभिन्न स्वायत्त निकायमार्फत निजी निकायसँग करार गरी उसलाई सुम्पिने (Outsourcing) समेतका अवस्था पर्ने हुँदा सरकारी निकाय वा कर्मचारी मात्र नभै त्यस्तो सार्वजनिक सेवामा संलग्न वा सार्वजनिक कर्तव्य निर्वाह गर्ने सबै निकाय वा पदाधिकारीहरुलाई सरकारका निकाय (Instrumentality of the State)[70] मानी संवैधानिक दुष्कृतिको दायराभित्र ल्याइनु उपयुक्त हुन्छ।

अन्त्यमा, दुष्कृतिसम्बन्धी कानून नेपालमा भरखर मात्र प्रारम्भ भएको हुँदा यसलाई प्रभावकारी बनाउनु कानून र न्यायसँग सम्वद्ध सबैको कर्तव्य हुन आउँछ। माथिल्ला अदालतहरुले संवैधानिक दुष्कृतिसम्बन्धी अधिकारक्षेत्रको प्रयोग गर्दा पनि, दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी मार्गबाट जिल्ला अदालतले उपचार प्रदान गर्न सक्छ वा सक्दैन, कतै रिटसम्बन्धी क्षेत्राधिकारको प्रयोग गर्दा तल्लो अदालतको न्यायिक स्वायत्तता त मर्दैन, न्यायमा पहुँचको दृष्टिबाट रिटको क्षेत्राधिकारको प्रयोग कति उचित वा अनुचित हुन्छ, समन्वयको दृष्टिबाट हेर्दा के उचित र आवश्यक हुन्छ सोसमेत हेर्नु आवश्यक हुन्छ। संविधान वर्णित "सक्षम अदालत" को अवधारणाले सबै अदालतहरु सक्षम रहँदा मात्र मूर्तरुप लिने हो। न्यायिक संरचना पनि पिरामिड जस्तै स्वरुपमा रहेमा जनस्तरमा न्याय बढी सुनिश्चित हुन सक्छ। तसर्थ यी समस्त सन्दर्भमा **न्याय प्रदान गरिने विषयभन्दा सुनिश्चित गरिने विषय हो** भन्ने सबैले मनन् गरी भविष्यको रेखा कोर्नु उपयुक्त हुने देखिन्छ।

[70] यसभित्र सरकार, सार्वजनिक दायित्व भएका सरकारद्वारा संस्थापित संस्थान, समिति, प्राधिकरण वा सरकारी विद्यालय, वा सार्वजनिक दायित्व भएका सेवा प्रदान गर्ने संस्थान र तिनमा कार्यरत व्यक्तिहरु पनि पर्दछन्।

अनुसूची

सर्वोच्च अदालत, संयुक्त इजलास
माननीय न्यायाधीश डा. श्री आनन्दमोहन भट्टराई
माननीय न्यायाधीश श्री कुमार रेग्मी
फैसला
०६७-CI-१४२२
मुद्दाः- करार परिपालना गराई पाउँ।

काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं. ३४ नयाँ बानेश्वर बस्ने पवन राजभण्डारी ---१	पुनरावेदक प्रतिवादी

विरुद्ध

काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका, वडा नं. ७ चावहिल बस्ने राम श्रेष्ठ -१	प्रत्यर्थी वादी

शुरु तहमा फैसला गर्नेः	माननीय न्यायाधीश श्री रामप्रसाद ओली
शुरु तहमा फैसला गर्ने अदालतः	काठमाडौं जिल्ला अदालत
फैसला मितिः	२०६५।०२।२२
पुनरावेदन तहमा फैसला गर्नेः	माननीय न्यायाधीश श्री देवेन्द्रराज शर्मा
	माननीय न्यायाधीश श्री ईश्वरप्रसाद खतिवडा
पुनरावेदन तहमा फैसला गर्ने अदालतः	पुनरावेदन अदालत पाटन
फैसला मितिः	२०६६।११।१७

न्याय प्रशासन ऐन, २०४८ को दफा ९ बमोजिम यसै अदालतको अधिकारक्षेत्रभित्र परी नियमानुसार पेस हुन आएको प्रस्तुत मुद्दाको संक्षिप्त तथ्य र अदालतको ठहर यसप्रकार रहेको छः

तथ्य खण्ड

विपक्षीका नाममा मालपोत कार्यालय, चावहिलमा दर्ता रहेको काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं.७ सि.नं. १०२७-२३ को कि.नं. ४१७ को १-८-१-० जग्गा मध्ये पूर्व बिच तर्फबाट बाटो छुने गरी ०-६-० जग्गाको प्लट कायम गरी सो प्लटको जम्मा मूल्य रु. १२,५०,०००।- निर्धारण गरी मबाट अग्रिम बैना रु. १२,००,०००।- भुक्तानी लिई ३ महिनासम्ममा राजिनामा लिखत रजिस्ट्रेसन गरिदिने शर्त र समयावधि निश्चित गरी हामी बिच आपसमा करार भै मालपोत कार्यालय, चावहिल मार्फत मिति २०६३।२।२२ मा र. नं. ८४२ को करारनामाको लिखत रजिस्ट्रेसन गरी लिए दिएकोमा म्याद भित्र बाँकी रुपैंया बुझी लिई मैले पाउने प्लट कित्ताकाट गरी लिखत रजिस्ट्रेसन गरी दिनुहोस भनी बारम्बार भन्दा अन्य बाँकी जग्गासमेत एकै पटक पास गरी दिन्छु भनी भन्नु भएको र म भन्दा पछि बैना गर्ने मानिसलाई जग्गा पास गरिदिएको कुरा थाहा पाई पुनः विपक्षीसमक्ष गई कुरा गर्दा बाँकी जग्गासँग साथ पास गरिदिन्छु, बारम्बार मालपोत धाउन सक्दिन, जानेको गर भनी जवाफ दिएकाले साह्रै अन्यायमा परी फिराद गर्न आएको छु। अतः विपक्षीले शर्त परिपालना नगरेकाले विपक्षीलाई मैले दिनुपर्ने बाँकी रु. ५०,०००।- दिन म

तयार हुँदा विपक्षीका नाममा मालपोत कार्यालय, चावहिलमा दर्ता रहेको काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं.७ कि.नं. ४१७ को क्षे.फ १-८-१ मध्ये करारको लिखत बमोजिमको मोठमा रोक्का जनिरहेको पूर्व बिचतर्फबाट बाटो छुने गरी ०-६-० जग्गाका प्लट कि.नं. ४१७ बाट कित्ताकाट हुँदा कायमी कि.नं. ४२२ को १-२-२ जग्गामा पर्ने भएकोले उक्त कि.नं. ४२२ को क्षे.फ.१-२-२-० मध्येबाट क्षे.फ.०-६-० जग्गा कित्ताकाट गरी विपक्षीबाट करार परिपालना गराई लिन पाउने गरी पाउँ भन्नेसमेत व्यहोराको मिति २०६४।०४।०७ मा राम श्रेष्ठको फिराद दावी।

म प्रतिउत्तरवालाले विपक्षी फिरादीलाई मिति २०६३।२।२२ गते गरेको करारको कागज जग्गा बेच्न नभई विपक्षीको आमा कान्छी श्रेष्ठले म जग्गाधनी भएको मेरो नाममा एकलौटी हक भोगको काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं.७ सि.नं. १०२७-२३ कि.नं. ४१७ को १-८-१-० जग्गाको मोही सुखुनारायण श्रेष्ठको मृत्युपश्चात मोही नामसारी मागेको अवस्थामा विवाद सिर्जना हुन गई नटुङ्गिने अवस्थामा भएको हुनाले मैले जग्गाधनीको हैसियतले दुवै पक्ष लाटी श्रेष्ठका तर्फबाट मङ्गलदास श्रेष्ठ र तिर्थ श्रेष्ठ, कान्छी श्रेष्ठ र राम श्रेष्ठसँग सर सल्लाह, छलफल गरी कान्छी श्रेष्ठलाई दावी छोड्न लगाउँने सो वापतको क्षतिपूर्ति रु. १४,००,०००।- दिनेमा मिति २०६२।५।१८ गते दिई बाँकी रु. १२,००,०००।- मिति २०६३।२।२२ गते बुझी लिई भूमिसुधार कार्यालय, काठमाडौंमा मोही लगत कट्टा हुने गरी मिलापत्र गरेको यथार्थ व्यहोरालाई विपक्षी राम श्रेष्ठको आमा कान्छी श्रेष्ठलाई दिनुपर्ने रकम रु.१२,००,०००।- को सम्बन्धमा तयार भएको करार कागजलाई विपक्षीले रु.१२,००,०००।- बुझी लिई उक्त करार कागज फट्टा गरी दिन्छु भनी विश्वास दिलाएको अवस्थामा करार कागज फट्टा नगरी यति लामो समयपछि आएर जग्गा खरिद गर्न दिएको रकमको अनुसार करार परिपालना गराई पाउँ भनी औचित्य र अर्थ समाप्त भैसकेको कागजलाई टेकेर म जग्गाधनीलाई दुःख र हैरानी दिन दायर गरिएको फिराद पत्र अ.वं.१८० नं. बमोजिम खारेज गरी पाउँ भन्नेसमेत व्यहोराको मिति २०६४।११।०६ को पवन राजभण्डारीको प्रतिउत्तर।

फिराद पत्रको प्रमाण कागज खण्डको 'ख' मा उल्लेखित मिति २०६३।२।२२ र.नं. ८४२ 'क' को पारीत लिखतको प्रमाणित प्रतिलिपी सम्बन्धित मालपोत कार्यालयबाट झिकाई आएपछि नियमानुसार पेश गर्नू भन्ने काठमाडौं जिल्ला अदालतको मिति २०६४।१२।३ को आदेशानुसारको लिखतको प्रमाणित प्रतिलिपी मिसिल संलग्न रहेको।

अचल सम्पत्तिको हस्तान्तरण सम्बन्धमा मुलुकी ऐन, रजिस्ट्रेसनको महल अन्तर्गत अनिवार्यरुपमा लिखत पारीत हुनुपर्दछ, अर्थात करार ऐन, २०५६ को दफा ८८ अनुसार अचल सम्पत्तिको सम्बन्धमा रजिस्ट्रेसनको महलमा उल्लेखित भएबमोजिम लिखत पारीत नभएको अवस्थामा त्यस्तो लिखतबाट अचल सम्पत्ति पक्रि दावी गर्न मिल्दैन। अतः वादी दावी बमोजिमको जग्गा बिक्री गरी दिने लिने सम्बन्धमा भएको सम्झौताको यथावत परिपालना गराई दिन प्रस्तुत मुद्दाबाट संभव देखिन्न। यसर्थ मिति २०६३।०२।२२ को करारको परिपालना गराई पाउँ भन्ने वादी दावी पुग्न नसक्ने ठहर्छ भन्ने काठमाडौं जिल्ला अदालतको मिति २०६५।२।२२ को फैसला।

विपक्षी र म बिच मिति २०६३।२।२२ मा मालपोत कार्यालय, चावहिलबाट करारको लिखत रजिस्ट्रेसन भए अनुरुप विपक्षीका तर्फबाट अनिवार्य रुपमा आफ्नो दायित्व पालना गर्नुपर्नेमा विवाद नहुँदा नहुँदै पालना नगरिदिएको कारण परेको फिरादमा उल्टो वादी दावी पुग्न नसक्ने ठहर गरी शुरु काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट मिति २०६५।२।२२ मा भएको फैसला ऐन, कानून र प्रतिपादित सिद्धान्तसमेतको विपरीत हुने गरी भएको फैसला वदर भागी छ। सो फैसला त्रुटिपूर्ण हुँदा वदर गरी फिराद दावी अनुसार मिति २०६३।२।२२ मा मालपोत कार्यालय, चावहिल काठमाडौंबाट लिखत रजिस्ट्रेसन भएको करार विपक्षीबाट परिपालना गराई लिन पाउने ठहर गरी इन्साफ गरी न्याय पाउँ भन्नेसमेत व्यहोराको पुनरावेदन पत्र।

यसमा करारनामाको लिखत रजिस्ट्रेसन पारीत गरेको सन्दर्भबाट शुरुको फैसला फरक पर्न सक्ने देखिंदा मुलुकी ऐन, अ.वं.२०२ नं. तथा पुनरावेदन अदालत नियमावली २०४८ को नियम ४७ बमोजिम छलफलको लागी विपक्षी झिकाई हाजिर भएपछि वा अवधि नाघेपछि नियमानुसार पेश गर्नू भन्ने पुनरावेदन अदालत पाटनको मिति २०६६।२।४ को आदेश।

कानूनीरुपमा करार सम्पन्न भैसकेपछि सो करार बमोजिमको दायित्व करारका दुवै पक्षबाट पूरा गरिनु पर्ने हुन्छ। वादी प्रतिवादी बिच करार हुँदा काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं.७ को कि.नं. ४१७ को क्षे.फ.१-८-१-० खण्ड (ङ) मध्ये पूर्व बिच तर्फबाट बाटो छुने गरी ०-६-० जग्गा रु.१२,५०,०००।- लिने दिने गरी शर्त उल्लेख गरी करारनामाको लिखत भएको देखिन्छ। वादी प्रतिवादी बिच शर्त उल्लेख गरी भएको करारनामाको लिखत मिति २०६३।२।२२ मा रजिस्ट्रेसन पारीत भएको यस स्थितीमा कानूनले निर्धारण गरेको प्रक्रिया पूरा गरी भएको करारनामाको लिखतलाई अन्यथा मान्न मिलेन। अतः पुनरावेदक वादीको दावी बमोजिम मिति २०६३।२।२२ को मालपोत कार्यालयमा रजिस्ट्रेसन भएको करारनामा लिखत बमोजिमको ०-६-० जग्गा भुक्तानी गर्न बाँकी रकम भुक्तान गरी साथै आवश्यक कानूनी प्रक्रिया पूरा गरी वादीले करार बमोजिमको शर्त परिपालना गराई पाउने ठहर्छ। वादी दावी पुग्न नसक्ने ठहर गरेको शुरु काठमाडौं जिल्ला अदालतको मिति २०६५।२।२२ को फैसला उल्टी हुने ठहर्छ भन्ने पुनरावेदन अदालत पाटनको मिति २०६६।११।१७ को फैसला।

नयाँ नापीमा उल्लेखित काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं. ७ कि.नं. ७ को क्षे.फ. १-९-२-२ को जग्गामा विपक्षीका पिता एवम् पति मोही सुकुनारायण श्रेष्ठ उल्लेख भई म पुनरावेदक जग्गा धनी रहेको अवस्थामा विपक्षीहरुले निज मोही सुकुनारायण श्रेष्ठको मोही हक छोड्न मञ्जुरी मिति २०६२।५।१८ गते आफ्नो हिस्साको जग्गाको मूल्य रु.१४,००,०००।- कायम गरी जग्गा सट्टा पट्टा पछि कायम भएको कि.नं. ४१७ को क्षे.फ. १-८-१-० जग्गाको भाग ०-६-० जग्गा होइन, पुरै आधा हक मूल्य नै नतिरी पाउने जग्गा हुन्थ्यो। आफ्नै हकमा आउने जग्गा अरुलाई हकछाडी करार गरेर रकम बुझाई लिनुपर्ने अवस्था नै हुँदैन। मिति २०६२।५।१८ मा गरेको बैना, मिति २०६३।२।२२ मोहि सुकुनारायण श्रेष्ठ यथावत राखी भएको करार र सोहि मितिमा मोहि हक छोडपत्र, एउटै जग्गा कि.नं. ७ क्षे.फ.१-९-२-२ जग्गा मिति २०६३।१।१३ को सट्टा पट्टा पछि कायम कि.नं. ४१७ को क्षे.फ. १-८-१-० जग्गा अरु कोहि नभएर उही मोहि र म पुनरावेदक जग्गा धनी बिच भई रु.१२,००,०००।- लिने दिने गरी भए गरेको व्यवहार देखिन आएबाट विपक्षी र म पुनरावेदक बिच यथार्थरुपले नभई कृतिमरुपले रकमको प्रत्याभूतिको लागि कागज गरे भएको तथ्य सोबाट पुष्टि हुन्छ। मिति २०६३।२।२२ मा मोही छोडपत्र गर्नु अगावै विपक्षीले मोहीको दावी गरिरहेको अवस्थामा उक्त कागज भएको हुँदा समेत यथार्थमा जग्गा लिने दिने व्यहोरा नभई उक्त रु.१२,००,०००।- को सुरक्षाका लागि सो करार गरिएको कागज भएको अवस्था छर्लङ्गै हुन्छ। विपक्षीहरुले मोही हक छोड पत्र गर्ने सहमति अनुरुप मिति २०६२।५।१८ मा रु.१४,००,०००।- मध्ये रु.२,००,०००।- मबाट बुझेको होइन छैन भनी नकारेको अवस्था छैन। साथै म पुनरावदेकले पनि उक्त मिति २०६२।५।१८ को बैना कागज बमोजिम निज विपक्षीहरुले काम नगरे वापत दिएको बैना रकम रु.२,००,०००।- फिर्ता पाउँ भनी निज विपक्षीहरुका नाममा कारवाही अगाडि बढाएको छैन। यँही जग्गामा यस्तै करारका अर्का विपक्षी मंगलदास श्रेष्ठले दायर गरेको करार बमोजिम क्षतिपूर्ति दिलाई पाउँ र करार बमोजिम गरी पाउँ भन्ने मुद्दा माग दावी नपुगेको भनी मिति २०६५।२।२१ मा खारेज गरेको र मिति २०६५।४।१० मा पुनरावेदन गर्न जान्न भनी रोक्का राखेको जग्गासमेत फुकुवा गरिदिएको अवस्था छ। विपक्षी वादी र म पुनरावेदक बिच भएको भनी दावी लिएको मिति २०६२।२।२२ को करार चल बस्तु सम्बन्धी नभै अचल जग्गा पारीत गरी लिने दिने सम्बन्धी रहेकोले करार ऐन,

२०५६ बमोजिम हुनै नसक्ने करारका आधारमा दावी बमोजिम फैसला गर्न कदापी पनि मिल्दैन। अतः उपरोक्त प्रकरणहरुमा वर्णित गरिएका तथ्य एवम् कानूनका आधारमा शुरु काठमाडौं जिल्ला अदालतको फैसलालाई उल्टी हुने गरी भएको सम्मानित पुनरावेदन अदालत पाटनको मिति २०६६।११।१७ गतेको फैसला बदर गरी पाउँ भन्नेसमेत व्यहोराको मिति २०६८।१।१२ मा निज पवन राजभण्डारीले यस अदालतमा पेश गेरको पुनरावेदन पत्र।

यसमा प्रस्तुत मुद्दासँग मेल खाने प्रकृतिका ०६६-DF-००१९, ०६६-DF-००२०, ०६६-DF-००२१, ०६६-DF-००२२, ०६६-DF-००२३ नं का मुद्दाहरु पूर्ण इजलासमा विचाराधीन अवस्थामा रहेको देखिन आएकोले उपरोक्त मुद्दाहरुको निर्णय भएपछि फैसलाको प्रतिलिपिसमेत साथै राखी नियमानुसार पेश गर्नू भन्नेसमेत व्यहोराको मिति २०७५।२।११ मा भएको यस अदालतको आदेश।

यस अदालतको ठहर

नियमबमोजिम दैनिक पेशी सूचीमा चढी निर्णयार्थ इजलाससमक्ष पेश हुन आएको प्रस्तुत मुद्दामा पुनरावेदक प्रतिवादी पवन राजभण्डारीको तर्फबाट उपस्थित हुनु भएका विद्वान् अधिवक्ताहरु श्री पुण्यप्रसाद पाण्डे, श्री लेखनाथ भट्टराई, श्री सुरज अधिकारी र श्री शुशिलकुमार शर्मा सापकोटाले मेरो पक्ष पवन राजभण्डारीले विपक्षी राम श्रेष्ठलाई मिति २०६३।२।२२ मा गरेको करारको कागज जग्गा बेच्न नभई विपक्षीको आमा कान्छी श्रेष्ठले मेरो पक्ष जग्गाधनी भएकोमा निजको एकलौटी हक भोगको काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं.७ सि.नं. १०२७-२३ कि.नं. ४१७ को १-८-१-० जग्गाको मोही सुखुनारायण श्रेष्ठको मृत्युपश्चात् मोही नामसारी मागेको अवस्थामा विवाद सिर्जना हुन गएको कारण मुदा मिलाउने सन्दर्भमा भएको हो। सो मोहि मुद्दामा विवाद नटुङ्गिने अवस्था भएको हुनाले मेरो पक्षले जग्गाधनीको हैसियतले सर सल्लाह, छलफल गरी कान्छी श्रेष्ठलाई दावी छोड्न लगाउँने सो वापतको क्षतिपूर्ति रु.१४,००,०००।- दिनेमा मिति २०६२।५।१८ गते दिई बाँकी रु.१२,००,०००।- मिति २०६३।२।२२ गते बुझी लिई भूमिसुधार कार्यालय, काठमाडौंमा मोही लगत कट्टा हुने गरी मिलापत्र गरेको करार कागज फट्टा गर्नुपर्ने मा नगरी विपक्षीले जग्गा बेच्न गरिएको करार भनी झुठ्ठा दावी लिएकोमा वादी दावी पुग्ने गरी भएको पुनरावेदन अदालत पाटनको फैसला त्रुटीपूर्ण देखिएकोले सो फैसला बदर गरी पाउँ भनी बहस गर्नु भयो।

उपरोक्त अनुसार प्रस्तुत भएको बहस जिकिर सुनी पुनरावेदन पत्र सहितको मिसिल कागजात अध्ययन गरी निर्णयतर्फ विचार गर्दा देहायका प्रश्नहरुको निरुपण गर्नुपर्ने हुन आयो।

क) वादी र प्रतिवादी बिच भएको करारको प्रकृति के हो?

ख) करार ऐन, २०५६ को दफा ४ मा बर्णित करारीय स्वतन्त्रताको ऐतिहासिक सन्दर्भ र अवधारणात्मक पक्ष के हो; यो अवधारणाका सीमा के हुन्?

ग) करारीय स्वतन्त्रता र हाम्रो व्यवहारिक प्रयोग के कस्तो छ? सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्तहरुले हामीलाई के कसरी निर्देशित गर्न सक्छन्?

घ) करारीय स्वतन्त्रताबारे भविष्यको रेखा कोर्दा हाम्रो दृष्टिकोण के कस्तो रहनु वान्छनीय हुन्छ?

ङ) के विवादित लिखतले करार ऐन, २०५६ को दफा ४ र दफा ८८ को शर्त पूरा गर्छ?

च) वादी दावी बमोजिम करारको परिपालना गराउनु पर्ने हो वा होइन; पुनरावेदन अदालतको निर्णय मिलेको छ वा छैन। पुनरावेदक प्रतिवादीको पुनरावेदन जिकिर पुग्न सक्ने हो वा होइन?

निरुपण गरिनुपर्ने पहिलो प्रश्नः वादी र प्रतिवादी बिच भएको करारको प्रकृति के हो?

वादी राम श्रेष्ठ (दोस्रो पक्ष भनिएको) र प्रतिवादी पवन राजभण्डारी (प्रथम पक्ष भनिएको) बिच मिति

२०६३।२।२२।२ मा प्रतिवादीका नाममा मालपोत कार्यालय, चावहिलमा दर्ता रहेको काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं. ७ सिट नं. १०२७-२३ कि.नं. ४१७ को १-८-१-० मध्ये पूर्व बिचतर्फबाट बाटो छुने गरी ०-६-० (छ आना) जग्गा विक्री गर्ने सम्बन्धमा एउटा करार भै र. नं. ८४२ बाट रजिष्ट्रेसन पारीत भएको रहेछ। सो करारका मुख्य मुख्य शर्तहरु देहाय बमोजिम रहेछनः

१. "हामी दुई पक्ष बिच खरिद विक्री गर्ने तय गरिएको उल्लेखित कि.नं. ४१७ को जग्गा मध्ये ०-६-० (छ आना जग्गा मात्र) जम्मा मूल्य रु.१२,५०,०००।- अक्षरुपी बाह्रलाख पचास हजार रुपैंया निर्धारण गरेका छौं।
२. उल्लेखित निर्धारीत मूल्य मध्ये आजका मितिमा म दोस्रो पक्षका तर्फबाट अग्रिम रु.१२,००,०००।- अक्षरुपी बाह्रलाख रुपैंया भुक्तानी दिएको र म प्रथम पक्षले उक्त रुपैंया बुझि लिएको छु। सो रुपैंया लिए दिएवापत दोस्रो कागज गरेको छैन।
३. बाँकी रकम रु.५०,०००।- अक्षरुपी पचास हजार रुपैंया उल्लिखित जग्गा तपाँई प्रथम पक्षको तर्फबाट दोस्रो पक्षको निमित्त राजिनामा लिखत रजिष्ट्रेसन गरिदिँदाको अवस्थामा भुक्तानी एवम् चुक्ता गर्ने कुरामा हामी दुवै पक्ष शर्त मञ्जुर गर्दछौं।
४. यो करार आजको मिति देखि लागु भै तीन महिनासम्म कायम रहनेछ र सो समयावधि भित्र म प्रथम पक्षको तर्फबाट तपाँई दोस्रो पक्षलाई राजिनामा लिखत रजिष्ट्रेसन गरिदिनुपर्ने र म दोस्रो पक्षले पनि बाँकी रुपैंया भुक्तानी दिई लिखत रजिष्ट्रेसन गरिलिने कुरामा हामी दुवै पक्ष शर्त मञ्जुर गर्दछौं। सो म्याद भित्र दोस्रो पक्षले दर्ता पुर्जाको व्यवस्था गर्नुपर्ने छ।
५. यो करारका कुनै कुरामा फेर बदल गर्नुपर्ने भएमा दोस्रो करार गर्न सकिनेछ।
६. यो करारनामामा लेखिएका शर्तहरु दुवै पक्षका लागि बाध्यकारी हुनेछन्। कुनै पक्षले उल्लंघन गरेमा मर्का पर्ने पक्षले सम्बन्धित निकायबाट उपचार प्राप्त गर्ने हक सुरक्षित रहने छ। यो करारनामा दुवै पक्षको सहमति एवम् मञ्जुरीमा भएको छ।
७. यो करारनामामा लेखिएका शर्त पूरा भएपछि यो करार स्वतः निष्कृय हुनेछ"।

करारबमोजिम लिखत पारीत गरिदिनुहोस भन्दा भाखाभित्र (अर्थात २०६३।५।२२ भित्र) पारीत नगरिदिएबाट करार ऐन, २०५६ को दफा २, ८२, ८६, ८८ र ८९(२) (घ) अनुसार बाँकी रु.५०,०००।- विपक्षीलाई दिनुपर्ने हुँदा करारबमोजिम लिई विपक्षीबाट करार परिपालना गराई लिन पाउने ठहर इन्साफ गरी न्याय पाँउ भन्ने वादीको फिराद दावी देखिन्छ। प्रतिउत्तरपत्र हेर्दा विवादित करार भएको हो भन्ने कुरालाई प्रतिवादीले स्वीकार गरेको तर वादीले भनेजस्तो अवस्था नभै आफ्नो जग्गाको मोहि सुखुनारायण श्रेष्ठ भएको र निजको मृत्यु पछि निजको नामको मोहियानी हक नामसारी गरी पाउँ भनी विपक्षीको आमा कान्छी श्रेष्ठसमेतले निवेदन दिएको मुद्दा मिल्ने क्रममा कान्छी श्रेष्ठलाई दावी छाडन लगाएवापतको क्षतिपूर्ति रु.१४,००,०००।- तय भै सो मध्ये रु.२,००,०००।- मिति २०६२।५।१८ मा बैनावापत दिएकोमा बाँकी रु.१२,००,०००।- मिति २०६३।२।२२ मा नै दिएकोमा रकम लिनु भन्दा अगाडि विपक्षीले उक्त दिनमा नै भएको करारको कागज फट्टा नगरी वद्नियतपूर्ण तरिकाले करारको परिपालना गरी पाउँ भनी फिराद गरेकोले फिराद खारेज गरी पाउँ भन्ने जिकिर लिएको पाइन्छ। यसरी विवादित लिखत हेर्दा वादी र प्रतिवादी बिच जग्गा पारीत गरिदिने विषयमा करार भएको, पारीत गरिदिने जग्गाको विवरण राख्ने, मूल्य तय गर्ने, तय भएको मूल्य मध्ये अधिकांश रकम करारको मितिमा नै दिइएको र बाँकी रकम लिखत पारीत गरिदिने मितिमा दिने कुरामा दुवै पक्षले मञ्जुर गरेको देखियो। यस्तो करार गर्न पक्षहरु स्वतन्त्र छन वा छैनन् भन्ने बारेमा कुनै कुरा बोल्नु अघि प्रतिवादीले उठाएको तथ्य सम्बन्धी विवादको निरुपण गर्नुपर्ने हुन आयो।

लिखत हेर्दा सो लिखतले वादी प्रतिवादी बिचको अन्य व्यवहार वा विवादलाई कुनैरुपमा पनि उल्लेख गरेको पाइदैन।

बरु सो लिखतको शर्त नं २ मा **"सो रुपैंया लिए दिएवापत दोस्रो कागज गरेको छैन"** भन्ने उल्लेख भएको छ। अर्को कुरा, प्रतिउत्तरमा आफूले वादीलाई पहिला नै रु.२,००,०००।- दिएको र लिखत हुँदाको दिनमा रु. १२,००,०००।- दिएको कुरा गरेको छ तर सो कुरा विवादित लिखतमा परेको छैन। बरु जग्गाको मूल्य नै रु. १२,५०,०००।- कायम भएको कुरा उल्लेख गरिएको देखिन्छ। यसबाट पनि रकमबारे करारको लिखत र प्रतिउत्तरमा लेखिएको कुरा मिल्न आउदैन। प्रतिवादीले भने जस्तो मोहिको विषयमा मिलापत्र गर्ने सन्दर्भमा करार भएको हो भने सोकुरा पनि करारको पेटबोलीमा लेख्न कुनै कुराले रोक्ने देखिदैन। मोहि नामसारी /छोडपत्रको कुरा भूमिसुधारमा हुन्छ भने विवादित करार पारीत गर्ने कार्य मालपोत कार्यालयमा गरिन्छ। यस्तो दुई-दुई वटा कार्यालय संलग्न रहने जटिल व्यवहार किन गर्नुपर्‍यो, व्यवहार नै गर्नुपरे पछि समस्त कुरा करारको लिखतमा किन खुलाइएन सो कुरा प्रतिवादीले स्पष्ट गर्न सकेको पाइएन। यस स्थितिमा प्रतिवादीले जिकिर लिएजस्तो व्यवहार वादी र प्रतिवादीका बिच भएको रहेछ भन्न सकिने अवस्था देखिएन।

करार पक्षहरुले सहमतिमा खडा गर्ने दस्तावेज हुँदा करारमा उल्लेख भए भन्दा बाहिरका प्रसङ्गहरु उठाई करारको व्यवस्थालाई निस्तेज पार्ने तर्क गर्न मिल्दैन। करारको व्याख्याको बारेमा अङ्ग्रेजीको एउटा भनाई चलन चल्तिमा छ। भनिन्छः A CONTRACT IS CONTRACT BECAUSE IT IS CONTRACT." पढ्दा अनौंठो पनि लाग्छ, तर यो भनाईले स्थुलरुपमा करारलाई करारकै रुपमा बुझ्नुपर्छ र यसको व्याख्या गरिंदा सो लिखतको समग्रतामा र स्वभाविक रुपमा के अर्थ निस्कन्छ सोहि अर्थ गरिनुपर्छ भन्छ। हाल मुलुकी देवानी संहिताको, दफा ५१५ मा करारको व्याख्या गरिंदा क) पक्षहरुको सामुहिक मनसाय, ख) सामान्य समझको व्यक्तिको दृष्टिबाट करारको व्याख्या, ग) पक्षको आचरणबाट निस्कने निष्कर्ष घ) करारमा प्रयुक्त शब्दावली तथा अभिव्यक्ति, ङ) सम्पूर्ण शब्दावलीहरुलाई प्रभावकारी बनाउने व्याख्या गरिनुपर्ने भनी जुन कुराहरु उल्लेख गरिएको छ त्यसले पनि करारको व्याख्यामा उल्लेख गरिने माथि वर्णित स्थूल रुपमा करारमा नै आधारित भै व्याख्या गरिनुपर्ने सास्वत मान्यतालाई नै परिपुष्टि गर्छ। यस दृष्टिबाट पनि विवादित मिति २०६३।२।२२ को लिखतको व्याख्या गर्दा करारमा लेखिएदेखि बाहेकका बाह्य कुराहरु तर्फ कुनै दृष्टि नदिई र करारको लिखतलाई समग्रतामा हेरी लिखतले के भन्न खोजेको हो, के गर्दा पक्षहरुले करार मार्फत व्यक्तगरेको सहमतिलाई प्रभावकारीरुपमा कार्यान्वयन गर्न सकिन्छ सो बारे विचार गर्नु वान्छनीय हुने र करारको प्रकृतिलाई यसरी नै बुझ्नु आवश्यक देखिन्छ।

निरुपण गरिनुपर्ने दोस्रो प्रश्नः करार ऐन, २०५६ को दफा ४ मा बर्णित करारीय स्वतन्त्रताको ऐतिहासिक सन्दर्भ र अवधारणात्मक पक्ष के हो; यो अवधारणाका सीमा के हुन्?

प्रस्तुत मुद्दाको पुनरावेदन सर्वोच्च अदालतमा दर्ता भएपछि इजलाससमक्ष पेश हुँदा सो पूर्व नै "०६६-DF-००१९, ०६६-DF-००२०, ०६६-DF-००२१, ०६६-DF-००२२, ०६६-DF-००२३ नं का मुद्दाहरु पूर्ण इजलासमा विचाराधीन अवस्थामा रहेको देखिन आएकोले उपरोक्त मुद्दाहरुको निर्णय भएपछि फैसलाको प्रतिलिपिसमेत साथै राखी नियमानुसार पेश गर्नू" भन्नेसमेत व्यहोराको मिति २०७५।२।११ मा आदेश भएको रहेछ। हाल माथि उल्लिखित मुद्दाहरुमा वृहत पूर्ण इजलासबाट फैसला भैसकेको अवस्था छ। सो फैसलाले प्रस्तुत मुद्दाको विवादलाई कसरी निर्देशित गर्छ भन्ने बारे केही पछि विवेचना गर्नेछौं तर करार सम्बन्धी विवादहरु अदालतमा धेरै आइनसकेको र अदालतबाट पनि त्यतिधेरै व्याख्या भैनसकेको अवस्था हाल विद्यमान छ। प्रस्तुत मुद्दा र माथि उल्लेखित मुद्दाहरुको साथै अन्य कैयौं मुद्दाहरुमा जग्गा किनबेच सम्बन्धमा करार हुन सक्छ वा सक्दैन भन्ने अन्यौल अदालतभित्र रही यस विषयमा गहिरो मतान्तर रहेको देखिन्छ। जग्गा किनबेचको विषयमा करार हुन सक्छ र त्यस्तो करारको कार्यान्वयन हुन सक्छ भन्ने निर्णय गर्दा दफा ४ मा वर्णित "करारीय स्वतन्त्रता" को नजरबाट विवादित विषयवस्तुलाई नहेरी जग्गाको विषयलाई

"वस्तु विक्री सम्बन्धी करार" को रुपमा बुझि व्याख्या गरेको पनि देखियो[71]। यो हुनुको प्रमुख कारणहरु मध्ये करारीय स्वतन्त्रताको विषयमा नै हाम्रो अदालतको स्पष्ट धारणा बन्न नसक्नु हो भन्ने यस इजलासको ठम्याई छ। तसर्थ यस परिस्थितिमा करारीय स्वतन्त्रता र यसका सीमाहरुबारेमा स्पष्ट दृषिकोणको निर्माण गरिनु आर्थिक, सामाजिक र कानूनी दृष्टिबाट आवश्यक देखियो। त्यसैले कारारीय स्वतन्त्रताको अवधारणात्मक पक्षमा चर्चा गर्दा यो खण्डलाई क) करारीय स्वतन्त्रताबारे कानूनी व्यवस्था र शब्द चयनबारे स्पष्टिकरण; ख) करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणा र ऐतिहासिक सन्दर्भ; ग) करारीय स्वतन्त्रताका सीमा गरी तीन उपखण्डमा विभाजन गरी चर्चा गरिएको छ।

क. करारीय स्वतन्त्रताबारे कानूनी व्यवस्था र शब्द चयनबारे स्पष्टिकरण

नेपालमा स्वतन्त्र कानूनी व्यवस्थाकोरुपमा करार ऐन, २०२३ जारी गरिए पनि "करारीय स्वतन्त्रता" को अवधारणाको औपचारिक प्रवेश भने २०५६ मा करार ऐन, २०५६ को दफा ४ मार्फत भएको देखिन्छ। सो दफामा **"यस ऐनको अधिनमा रही करारको स्वरुप तथा विषयवस्तु छनौट गर्न, प्रतिफल, प्रतिफलको मात्रा, करारका शर्त तथा करार उल्लंघन भएवापत उपचारको प्रकृति निर्धारण गर्न र करारबमोजिमको विवाद समाधान गर्ने उपाय निश्चित गर्न करारका पक्षहरु स्वायत्त हुनेछन्"** भनिएको छ। करिव करिव यस्तै व्यवस्था मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०७ मा पनि गरिएको छ। यद्यपि दुवै व्यवस्थाहरुमा करारको सम्बन्धमा पक्षहरु "स्वतन्त्र हुने" भन्ने शब्द प्रयोग नभई "स्वायत्त हुने" भन्ने शब्द प्रयोग भएको छ। शाब्दिक रुपमा हेर्दा स्वतन्त्र(Free) र स्वायत्त (Autonomous) हुने भन्नु फरक फरक कुरा हो। पहिलोले सीमारहिततालाई संकेत गर्छ भने दोस्रोले निश्चित सीमा भित्रको स्वतन्त्रतालाई जनाउछ[72]। अवधारणात्मक रुपमा करारीय स्वतन्त्रता भित्र "करारीय सम्बन्धमा प्रवेश गर्ने वा नगर्ने" भन्ने स्वतन्त्रताको कुरासमेत पर्छ। करारमा प्रवेश गरेपछि त्यसको विषयवस्तु छनौट गर्ने वा करारका शर्तहरु मार्फत के कसरी बाधिने, लाभ हानीको अनुमान गरी करारको अर्को पक्षसँग सम्बन्ध निर्धारण गर्ने र विवाद परेमा सोको समाधान गर्ने कुरा करारीय स्वायत्ततासँग सम्बन्धित होलान। तर करारमा प्रवेश गर्ने वा नगर्ने स्वतन्त्रता र प्रवेश गरेपछि करारको विषयवस्तु छनौट गर्ने तथा शर्तहरु निर्धारण गर्ने स्वायत्तताले पनि वस्तुतः पक्षहरुको स्वतन्त्रतालाई नै इङ्गित गर्ने हुँदा "स्वतन्त्रता" भन्ने शव्दको ब्यापकता भित्र "स्वायत्तता" शब्द पनि पर्ने देखिन्छ। तसर्थ यस पछिका बाँकी खण्डहरुमा "करारीय स्वतन्त्रता" भन्ने शब्दावली नै प्रयोग गरिएको छ।

सैद्धान्तिकरुपमा करारीय स्वतन्त्रता भित्र करार गर्ने वा नगर्ने स्वतन्त्रता; को कससँग करार गर्ने भन्ने स्वतन्त्रता; र करारको विषयवस्तुको छनौट तथा शर्तहरु तय गर्ने स्वतन्त्रतासमेत समाविष्ट हुन्छन्। त्यसैले करार सम्बन्धी कानूनको व्याख्या गरिदाँ यी समस्त कुराहरुको के के आयाम र सीमा हुन सक्छन् भन्नेबारे समेत चर्चा गरिनु आवश्यक देखिन्छ।

ख. करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणा र ऐतिहासिक सन्दर्भ

वस्तुतः करारीय स्वतन्त्रता र करारको बाध्यकारी शक्तिलाई करारको एउटा आधारभूत सिद्धान्त मानिन्छ[73]। यसो भन्दा करारीय सम्बन्धका सिद्धान्त, करारको वस्तुनिष्ठता र व्याख्याका सिद्धान्तहरुलाई पनि आधारभूत सिद्धान्तका रुपमा हेर्न नसकिने होइन तर दुई अन्तरसम्बन्धित सिद्धान्तहरु अर्थात "करारीय स्वतन्त्रता" र "करारको बाध्यकारी शक्ति"लाई अरु भन्दा माथि उठाएर अङ्ग्रेजी कानूनले करार **"कानूनले बाध्यकारी महत्व दिएको, कार्यान्वयन गर्ने**

---

71 वीर शंकर कसाई विरुद्द अनिता लामा, ने.का.प. २०६३ अंक ३ निर्णय नं ७६७२ पृ ३९५

72 जस्तो मुलुक स्वतन्त्र हुन्छ मुलुक भित्रका प्रदेशहरु आ- आफ्नो कार्यक्षेत्रमा स्वायत्त हुन्छन।

73 कुनै पनि कुरा सिद्धान्त बन्नको लागि यसको सामान्यता (generality), व्यापकता (pervasiveness) र महत्व (importance) हेर्नुपर्ने हुन्छ। सिद्धान्तको रुपमा हेर्न खोजिएका कुराहरु कति व्यापक र सर्वस्वीकार्य छन्, यो यसको चुरो कुरा हो।

तत्परता देखाएको र पक्षहरुद्वारा स्वतन्त्रतापूर्वक गरिएको छनौटहरुको अभिव्यक्ति हो" भनी करारीय स्वतन्त्रताबारे एउटा स्पष्ट दृष्टिकोण सहितको प्रस्थानविन्दु प्रस्तुत गरेको छ[74]। प्रस्थान विन्दु के कारणले भने यो अभिव्यक्ति महत्वपूर्ण हुँदाहुँदै शर्तरहित भने छैन, अर्थात् कमन ल र विधायिका निर्मित कानूनहरुमा त्यस्ता केही शर्तहरु उल्लेखित गरिएका छन् जसले कालक्रममा "करारीय स्वतन्त्रता" लाई सीमावद्ध गरेका छन्। यी सीमाहरुलाई समेत दृष्टिगत गरी करारीय स्वतन्त्रताको प्रयोग गरिनुपर्छ भन्ने यसको शास्त्रीय मान्यता हो।

ऐतिहासिक रुपमा करारीय स्वतन्त्रतालाई १७औं र १८औं सताब्दीमा विकसित राज्यको सामाजिक करारका सिद्धान्तका प्रणेता दार्शनिक थोमस हव्स र जोन लकको व्यक्तिगत स्वतन्त्रता र अर्थशास्त्री एडम स्मिथको सम्पत्ति सम्बन्धी सिद्धान्तद्वारा परिपोषित, परिष्कृत एवम् उन्नाइसौं सताब्दीको स्वतन्त्र बजार सम्बन्धी चिन्तनको उपज हो भनिन्छ। सो समयमा व्यक्तिले सम्पत्ति खरिद गर्ने, व्यवस्थापन गर्ने, उपयोग गर्ने जुन स्वतन्त्रता प्रयोग गर्‍यो यससँगै सो बारेमा करार गर्ने स्वतन्त्रताको खोजि हुन थाल्यो[75]। कालक्रमले करारीय स्वतन्त्रता एउटा महत्वपूर्ण सिद्धान्तको रुपमा विकसित हुन पुग्यो।

परंपरागतरुपमा करार सम्बन्धी सिद्धान्तमा तीनवटा अन्तरसम्बन्धित तत्वहरु समाविष्ट रहेको मानिन्छ; सोमध्ये पहिलोले करार पक्षहरुले आपसी हितको लागि गर्ने अधिकार र दायित्वको मोलतोल (Bargain) हो भन्छ, अर्थात करार हुन केही न केही गर्ने वा नगर्ने निर्णय गरेको देखिनुपर्छ[76]। दोस्रो, करार स्वतन्त्र ईच्छाहरुको अभिव्यक्ति हो, अर्थात करार हुन पक्षहरुले स्वेच्छापूर्वक एक-आपसमा बाँधिने निर्णय गरेको हुनुपर्छ। तेस्रो, करारमा "करारीय स्वतन्त्रता" अभिव्यक्त भएको हुनुपर्छ। अर्थात हरेक व्यक्ति करार गर्ने वा नगर्ने, गर्ने भए को कससँग गर्ने, र के शर्तमा गर्ने भन्नेमा पूर्णतः आस्वस्त देखिनुपर्छ। अर्को रुपबाट भन्दा करारीय स्वतन्त्रता भित्र पक्षको स्वतन्त्रता (Party's Freedom) र विषयवस्तुको स्वतन्त्रता (Content Freedom) दुवै पर्छ[77]। वचनवद्धताहको साटासाट (Exchange of Promises), करार गरेको मितिबाटै स्वतः कार्यान्वयन हुने (Self-executory Nature) यसको प्रकृति रहने, दुवै पक्षलाई केही न केही फायदा हुने अपेक्षा रहने (Existence of Consideration), पछिबाट हेर्दा करार कस्तो देखिन्छ भन्ने नहेरी करार गर्दाको समयमा के कुरामा सहमति गरे भनी हेरिनु पर्ने आदि विशेषता रहने हुँदा सकेसम्म पक्षहरुको करारीय ईच्छा कसरी अभिव्यक्त गरेका छन् सो हेरी त्यसलाई सम्मान गरिनुपर्छ भन्ने करारीय स्वतन्त्रताको परंपरागत मान्यता हो।

व्यक्तिलाई करार गर्ने वा नगर्ने बारेमा पूर्ण स्वतन्त्रता हुन पर्छ भन्ने उन्नाइसौं सताब्दीको सोच हो भन्ने कुरा माथि संकेत गरियो। सो समयमा यो स्वतन्त्रतामा कुनै अंकुश लगाइने कुरा करिव करिव अस्वीकार्य जस्तै थियो। सम्भवतः बजार अर्थशास्त्रको उदार मान्यताको प्रभाव नै होला कानूनविद, न्यायाधीश, दार्शनिक र अर्थशास्त्रीहरुले, करारीय स्वतन्त्रतालाई आफैमा एउटा अभिष्ट (End in Itself) मान्थे। अर्थात पक्षहरु आफ्ना छनौटका मालिक हुन्, उनीहरु आफ्ना स्वार्थहरु के हुन् भन्ने कुरा आफैंले यकिन गर्न सक्छन् र यदि उनीहरुले आफ्ना स्वार्थहरु यी हुन् र यिनको कार्यान्वयन गर्नु मेरो हितमा छ भनी आफ्नो मत स्पष्टसँग अभिव्यक्त गरेका छन् भने कानूनको काम ती स्वार्थहरुको कार्यान्वयन गर्ने मात्र हो; पक्षहरुका मोलतोल गर्ने शक्ति (Bargaining Power) असमान थियो वा करारको परिणाम

74 CHITTY ON CONTRACT Vol 1 Generl Principles 30th Ed. (H.G. Beale et. Al. eds.) Sweet and Maxwell 2008 at p. 10.

75 M.A. SUJAN, INTERPRETATION OF CONTRACT (2nd ed. 2000 Universal Books) at p 17

76 यद्दपि त्यस्तो मोलतोल एकै ठाँउमा वसेर द्वीपक्षीय रुपमा गरेको नभै एकपक्षीय घोषणालाई स्वीकार गरेको पनि हुन सक्छ।

77 RICHART STONE AND JAMES DEVENNEY, THE MODERN LAW OF CONTRACT, 11th ed. Routledge 2015 at p 7.

अनुचित (Unfair) वा सामाजिक रुपमा अवान्छित (Socially Undesirable) थियो भन्ने आधारमा करारमा हस्तछेप गर्न हुँदैन भन्नेकुरालाई परंपरागतरुपमा जोड दिइन्थ्यो[78]।

अवधारणात्मक रुपमा करारीय स्वतन्त्रता दुईवटा अन्तरसम्बन्धित कुराहरुमा आधारीत छ। प्रथमतः करारमा पक्षहरुले आफ्नो व्यापारिक वा अन्य सम्बन्धलाई भविष्यमा के कसरी व्यवस्थित गर्ने भनी एक आपसमा स्वतन्त्रतापूर्वक सहमति गर्छन्। अर्थात् उनीहरु तार्किकरुपमा आफ्ना स्वार्थहरु (Rational self-Interest) हेर्छन् र सहमति गर्छन्। रिचर्ड पोष्नर को शब्दमा भन्ने हो भने करार आफ्नो सम्पत्ति कसरी बढ्छ भनी हेर्ने समझदार मानिसहरु (Wealth Maximizing Rational Men) बिचको समागम हो। दोस्रो, यो समागम वा सहमति गर्दा करारका पक्षहरुले मूलतः जोखिमहरुको वितरण गर्छन्। अर्थात वर्तमान र भविष्यमा पर्ने सम्भावित लाभ, हानि र जोखिमबारे छलफल गरी आ-आफ्ना दायित्वबारे र बाह्य वा आन्तरिक कारणले विवाद आएमा विवादको के कसरी समाधान गर्ने भनी सहमति गर्छन्। यसो गर्दा उनीहरुले स्वायत्तता (Autonomy) को प्रयोग गर्छन् र यसमा कुनै बाह्य पक्षको हस्तक्षेप गरिएको हुँदैन। त्यसैले करारलाई सम्भावित आर्थिक जोखिमहरुबारे गरिएको विमाको दस्तावेज (Instrument of Insurance against calculated Economic Risk) भन्ने गरिएको पनि पाइन्छ[79]। बाह्य हस्तछेप बेगर गरिएको जोखिमहरुको वितरण वा विमालाई सम्मान गरिनु पर्छ भन्ने करारीय स्वतन्त्रताको मान्यता हो।

करारीय स्वतन्त्रता भित्र कानूनले नै अयोग्य भनेका अर्थात नाबालिक, शारीरिक वा मानसिक रुपमा असक्त, वा कानूनले नै असक्त भनेका बाहेक करार गर्ने योग्यता भएका पक्षहरु बिच समान कानूनी हैसियत र क्षमता हुन्छ भन्ने विश्वास गरिन्छ। त्यसैगरी सार्वजनिक नीतिले रोकेको, करकाप वा जालसाझी भएको अवस्था, झुक्याई वा कानूनले नै शर्त तोकेको अवस्था[80] मा बाहेक करारका पक्षहरुले आफ्नो कार्यको प्रकृति, त्यसमा आउने जटिलता र आफ्नो हितको बारेमा पूर्णरुपमा सुसुचित रही असल नियतले समझदारी गर्छन् भनिन्छ।

यो सत्य हो कि "करारीय स्वतन्त्रता" को सिद्धान्तको महत्व १९औं सताब्दीमा जे जस्तो थियो, हाल त्यस्तो छैन। तथापि यो सिद्धान्तलाई वर्तमानले अस्वीकार गरिसकेको अवस्था भने होइन। अहिले पनि करारीय स्वतन्त्रता खुला अर्थ व्यवस्थाको सामाजिक आदर्श हो र पक्षहरुको मोलतोलको शक्ति ठिक ठाक नै छ भन्ने अनुमान अनुरुप र सामाजिक नीतिको विरुद्ध नहुने गरी करार गरिएको छ भने त्यसमा अभिव्यक्त करारीय स्वतन्त्रतालाई सम्मान नै गरिन्छ[81]। वेलायती अदालतहरु अहिले पनि करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्तलाई स्वीकार गर्छन् भन्ने Lord Diplock को देहायको भनाईले पुष्टि गर्छः

"A basic principle of the common law of contract …is that parties to a contract are free to determine for themselves what primary obligations they will accept."[82]

---

78 CHITTY ON CONTRACT, supra note 4 at p. 10.

79 M.A. SUJAN, supra note 5 at p 18.

80 उदाहरणको लागि मुलुकी देवानी संहिता २०७४ को दफा ५१७(बदर हुने करार), दफा ५१८ (बदर गराउन सकिने करार), दफा ५१९ (कार्यान्वयन हुन नसक्ने करार)।

81 Sir Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, ANSON'S LAW OF CONTRACT, 29th ed. Oxford University Press, 2010 at p 4.

82 Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980]AC827,828; Eurico SpA v Philipp Brothers [1987]2 Lloyd's Rep. 215, 218 cited in CHITTY ON CONTRACT, supra note 4 at p 10 करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्तलाई पछिल्लो कालमा लर्ड विङ्गमले पनि समर्थन गरेका छन्; हेर्नुहोस Homburg Houtimport BV v. Asgrosin Pvt. Ltd.(The Strarsin)[2003]UKHL 12,[2003] 3 W.L.R. 711 at [57].

त्यतिमात्र होइन युरोपेली समुदायमा पनि करारीय स्वतन्त्रतालाई महत्व दिइएको भन्ने कुरा युरोपेली अदालतले दिएको फैसलाबारे A.G. Kokott ले व्यक्त गरेको देहायको भनाईले स्पष्ट गर्छः
"Contractual freedom is one of the general principles of Community law. It stems from the freedom to act for persons. It is inseparably linked to the freedom to conduct a business [protected by Art 16 of the EU Charter of Fundamental Rights]. In a Community which must observe the principle of an open market economy with free competition, contractual freedom must be guaranteed."[83]

१९९० को दशकमा विश्वव्यापीकरण र खुला बजार अर्थ व्यवस्थाले अन्तराष्ट्रिय व्यापार र वाणिज्यको विकासमा नयाँ उत्साह थपेको छ। व्यापार वाणिज्यको प्रमुख कानूनी साधन करार कानून नै हो। पछिल्लो समयमा करार कानूनको विश्वव्यापी एकिकरणको पनि कुरा उठ्न थालेको छ[84]। यो परिस्थितिले पनि करारीय स्वतन्त्रताका मूल मान्यताहरुमा गहिरो छलफल र विश्लेषण गर्नु जरुरी भएको छ।

ग. करारीय स्वतन्त्रताका सीमा

करारीय स्वतन्त्रता भित्र मूलतः अ) करार गर्ने वा नगर्ने स्वतन्त्रता; आ) को कससँग करार गर्ने भन्ने स्वतन्त्रता, र इ) करारको विषयवस्तु छनौट गर्ने तथा शर्तहरु तय गर्ने स्वतन्त्रता पर्छन् भनी माथि उल्लेख गरिसकिएको छ। तर वर्तमानको अवस्था हेर्दा यी कुराहरु सीमारहित छैनन् भन्ने देखिन्छ। मुलुकमा रहेको कानूनी संरचनाले यी कुराहरुमा शर्त वा सीमा तोकेको छ जसलाई देहाय बमोजिम व्याख्या गर्न सकिन्छ।

अ) करार गर्ने वा नगर्ने स्वतन्त्रता

एउटा व्यक्तिले अर्को व्यक्तिसँग गर्ने निजी व्यवहारमा करार गर्ने वा नगर्ने स्वतन्त्रता रहन्छ भन्न सकिएला तर कुनै सार्वजनिक उपयोगको सम्भावना भएको व्यवसाय गर्ने संस्थाहरु जस्तो, होटल रेष्टुरा, वा पवको सञ्चालक, त्यसै गरी सार्वजनिक यातायातका साधन (बस, रेल वा हवाई जहाज आदि) सञ्चालन गर्ने व्यक्ति वा संस्था, त्यसै गरी पानी, विजुली वा दूध वा औषधि जस्ता अत्यावश्यक वस्तु वा सेवाको प्रदायकले सेवाको स्तर वा समय तोक्ने बाहेक करारीय स्वतन्त्रताको नाममा सेवा नै प्रदान गर्दिन भन्न मिल्दैन। उदाहरणको लागि नेपाल विद्युत प्राधिकरणले विजुली जडान गर्दिन र नेपाल खानेपानी संस्था वा काठमाडौं उपत्यका खानेपानी लिमिटेडले अमुक व्यक्तिसँग सेवा प्रदान गर्ने सम्झौता नै गर्दिन भन्ने कुरालाई करारीय स्वतन्त्रताको नाममा स्वीकार गर्न सकिदैंन। तुलनात्मक विधिशास्त्रमा भएको विकास हेर्दा पनि यद्यपि सार्वजनिक उपयोगका वस्तु बेच्ने र सम्भावित खरिदकर्ताको बिचमा करारीय सम्बन्ध रहन्छ भनी अदालतहरुले भनेका छैनन्, तर वस्तु वा सेवा प्रदान गर्नुपर्ने दायित्वबाट यस्ता वस्तु वा सेवा प्रदायकले छुट पाएको अवस्था भने देखिदैन[85]।

आ) को कससँग करार गर्ने भन्ने स्वतन्त्रता

यो स्वतन्त्रताको पनि सीमा छ। उदाहरणको लागि मुलुकको संविधानमा प्रत्याभूत समानता तथा विभेदहिनताको हकलाई कुनै पनि वस्तु वा सेवाको सञ्चालकले सम्मान गर्नु पर्छ। उनीहरुले सेवा सञ्चालनको समय, क्षेत्र, वा सेवा दिने ग्राहकको शारीरिक वा मानसिक अवस्था (जस्तैः जहाजमा चढ्नको लागि) तोक्न सक्छन् तर अमुक व्यक्तिलाई सेवा दिन्छु, अमुक व्यक्तिलाई सेवा दिन्न वा सार्वजनिक उपयोगको वस्तु अमुक जात वा वर्गको व्यक्तिलाई बेच्दिन

---

[83] Cited in CHITTY ON CONTRACT 32nd edition see at https://2lib.org/book/3561757/986faa?id=3561757&secret=986faa

[84] Ingeborg Schwenzer, Global Unification of Contract Law , *Uniform Law Review*, Volume 21, Issue 1, March 2016, Pages 60–74, https://doi.org/10.1093/ulr/unw005 accessed on 11 April 2021.

[85] CHITTY ON CONTRACT supra note 4 at p 13 See also Norweb plc v Dixon [1995]1WLR 637; Read v Croydon Corp [1938] 4 ALL ER 631.

भन्न सक्दैनन्। नेपालको संविधानको धारा २४(२) ले **"कुनै वस्तु, सेवा वा सुविधा उत्पादन वा वितरण गर्दा त्यस्तो वस्तु, सेवा वा सुविधा कुनै खास जात वा जातिको व्यक्तिलाई खरिद वा प्राप्त गर्नबाट रोक लगाइने वा त्यस्तो वस्तु, सेवा वा सुविधा कुनै खास जात वा जातिको व्यक्तिलाई मात्र विक्री वितरण वा प्रदान गरिने छैन"** भनी वस्तु, सेवा वा सुविधाको उत्पादन र वितरणमा विभेदकारी व्यवहार गर्न स्पष्टरुपमा रोक लगाएको छ। यसको अतिरिक्त वस्तु वा सेवाको नियमन सम्बन्धी कानूनले पनि कोससँग करार गर्ने वा नगर्ने भन्ने व्यक्तिको स्वतन्त्रतालाई सीमावद्द गर्न सक्छ[86]। कृत्रिम प्रकारका सेन्टिगेट बनाएर सेवा प्रवाहलाई प्रभावित पार्ने कार्यलाई कानूनले नै रोकेको देखिन्छ[87]।

इ) <u>करारको विषयवस्तु छनौट गर्ने तथा शर्तहरु तय गर्ने स्वतन्त्रता</u>

सामान्यतः करारको विषयवस्तु छनौट गर्ने तथा शर्तहरु तय गर्ने स्वतन्त्रता पक्षहरुलाई हुँदै हुँदैन भन्न मिल्दैन। यसो भनियो भने करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्त नै मर्न पुग्छ। हुन त १९औं सताब्दीमा नै पनि करारीय स्वतन्त्रता पूर्णतः शर्तरहित थिएन, त्यस वखत पनि सार्वजनिक नीतिको विरुद्ध राखिने शर्तलाई स्वीकार गरिदैनथ्यो।[88] तर सो समयमा यसलाई जसरी बुझिन्थ्यो, शर्त तोक्नेबारे पक्षहरुलाई जे जस्ता स्वतन्त्रताहरु उपलब्ध थिए, हाल सो छैनन्। वर्तमानमा करारको विषयवस्तु छनौट गर्दा सार्वजनिक नीतिले नरोकेको कुनै पनि विषयवस्तु छनौट गर्नमा पक्षहरु स्वतन्त्र नै हुन्छन। यस्तो सार्वजनिक नीति मुलुकको संविधान र कानून मार्फत प्रकट हुन्छ र सामान्य समझको व्यक्तिले पनि वुझ्न सक्ने किसिमको हुन्छ। त्यसरी सर्वजनिक नीतिले निषेधित गरेको अवस्थामा वाहेक कराको विषयवस्तु छान्न पक्ष स्वतन्त्र नै हुन्छन। तर जहाँसम्म करारका सर्तहरुको कुरा छ यसलाई विभिन्न रुपवाट सीमाङ्कन गरिएको अवस्था वर्तमानमा छ। उदाहरणकोलागि व्यापार व्यवसायमा संलग्न कम्पनीहरुले, आफुँले नै पहिले शर्तहरु तोकि निश्चित ढाँचामा गरिने करार (Standard form of Contract) पहिले नै तयार गरी ब्यवहारमा तीनै शर्तहरु स्वीकार गर्न अर्को पक्षलाई बाध्य पारेका हुन्छन्। यसो हुँदा करारको अर्को पक्ष अर्थात् वस्तु वा सेवाको क्रेतालाई स्वतन्त्रपूर्वक करारका शर्तहरुबारे विचार गर्ने, वार्ता गर्ने अवसर नै प्राप्त हुँदैन। पक्षलाई पहिले नै तयार गरिएका करारका शर्तमा टाँसिन बाध्य पार्ने करार (Adhesion Contract) गराउने परिस्थिति आमरुपमा बनिरहेको कारण पनि करारका शर्तहरु स्वतन्त्ररुपमा राख्ने परिस्थितिमा व्यापक सिमाङकन भएको अवस्था छ।[89]

करारीय स्वतन्त्रतामा अर्को प्रकारको बन्धन करारको विषय वस्तुसँग सम्बन्धित नियमनकारी कानूनहरु जस्तो जलाधार संरक्षण, मोहियानी हकको संरक्षण, वातावरण संरक्षण वा फोहर व्यवस्थापन कानूनको कारण पनि पर्न सक्छ[90]। यस्ता नियमनकारी कानूनले शर्त तोकेको अवस्थामा ती शर्तहरु पूरा गरेर मात्र करारको कार्यान्वयन हुन सक्ने हुँदा तिनलाई करार परोक्ष शर्त (Implied Terms of Contract) भन्ने गरिन्छ। कतिपय देशहरुमा घर वहाल सम्बन्धी

---

86 उदाहरणको लागि हेर्नुहोस उपभोक्ता संरक्षण ऐन २०७५ को दफा ३(वस्तु वा सेवामा पहुँचको अधिकार), खाध्य अधिकार तथा खाध्य सम्प्रभुता सम्बन्धी ऐन २०७५ दफा ३ (खाध्यमा पहुँच)।

87 उदाहरणको लागि प्रतिस्पर्धा प्रवर्धन तथा बजार संरक्षण ऐन २०६३ दफा ३(प्रतिस्पर्धा विरुद्धको सम्झौता, दफा ४ (प्रभावशाली हैसियतको दुरुपयोग- abuse of dominant position) दफा ७ (एकलौटि कारोवार-Exclusive dealing), दफा ८ बजार सीमित गर्ने (Market restriction); दफा ९ बन्धनयुक्त विक्री (Tide selling) वर्जित छन्।

88 M.A Sujan supra note 3 at p 19.

89 CHITTY ON CONTRACT supra note 4 at p 13.

90 उदाहरणको लागि भू तथा जलाधार संरक्षण ऐन २०३९ दफा ६ ले जलाधार संरक्षण क्षेत्र तोकिएको जमिनमा तोकिएको भू उपयोगिता प्रणाली अपनाई कार्यहरु गर्नुपर्ने, भूमि सम्बन्धी ऐन २०२१ को दफा २५(७)(८) ले मोहियानी लागेको जग्गा खरिद विक्री वा नामसारी हुँदा मोहियानी हकमा असर नपर्ने; त्यसैगरी वातावरण संरक्षण ऐन २०७६ को दफा १३ ले वातावरण अध्ययन प्रतिवेदनमा उल्लेख भएका कुराहरुको अनुशरणलाई अनिवार्य गर्न सक्ने। त्यसैगरी फोहर व्यवस्थापन ऐन २०६८ को दफा ४ देखि ७ सम्मका व्यवस्थाहरुको सन्दर्भमा फोहर व्यवस्थापन, उत्पादन, पृथरण, निस्कासनमा गरेका व्यवस्थाहरुको पालनाको सर्तमा मात्र करारको कार्यान्वयन हुन सक्छ।

व्यवस्थालाई कानूनले यसरी नियमन गरेको हुन्छ कि करारीय स्वतन्त्रता एउटा नाम मात्रको चिज रहन्छ। त्यसैगरी बैङ्क, फाइनान्स, सहकारी तथा विमा व्यवसायलाई कानूनले नै नियमनकारी निकायको मातहत राखेको हुन्छ र तीनको स्वीकृति बेगर कतिपय क्षेत्रमा करारका पक्षहरु अघि बढ्न सक्दैनन्। त्यस्तैगरी जहाँ कुनै मुलुक क्षेत्रीय सँगठनको सदस्य हुन्छ यस्ता देशहरुको हकमा क्षेत्रीय सँगठनहरुले पनि कयौं श्रम, वातावरण, वस्तु वा सेवा सम्बन्धी विभिन्न मानकहरु तोकेका हुन्छन् जसलाई अनुसरण गर्न सम्बन्धित प्रतिष्ठानहरु बाध्य हुन्छन्[91]। उपभोक्ताको संरक्षण निम्ति अनुचित शर्त राख्न रोकेर, श्रम कानूनमार्फत न्युनतम ज्याला र श्रमिकको स्वास्थ्य तथा सुरक्षाका व्यवस्था तोकेर एवम् अवान्छित शर्त राख्न रोकेर करारीय स्वतन्त्रतालाई परिसीमन गरिएको हुन्छ।[92] यसको अलावा करार भित्रै पनि स्वभाविक रुपमा अन्तरनिहित रहने भनिएका केही मान्यताका कुराले करारीय स्वतन्त्रतालाई परोक्षरुपमा परिसिमन गर्न सक्छ। यस्तो कुराहरु करारमा स्पष्टरुपमा लेखिएको त हुँदैनन् तर यति कुरा त स्वभाविक रुपमा करारमा समाविष्ट भएको मान्नुपर्छ भनी सामान्य समझको व्यक्तिले भन्न सक्छ। उदाहरणको रुपमा कुनै गाडि वा जहाज भाडामा लिने दिने करार भएको छ भने सो साधन गुड्न वा उड्न प्राविधिकरुपले सक्षम छ भन्ने मानिन्छ। अदालतहरुले पनि यस्ता परोक्ष शर्तलाई करारकै अङ्गकोरुपमा व्याख्या र कार्यान्वयन गर्ने कारण पनि करारीय स्वतन्त्रतामा व्यापक संकुचन आएको हुन्छ।

करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणा र यसको सीमावारे न्यायाधीशहरु वीच व्यापक अन्यौल र मतान्तर देखिएको, यी विषयहरुमा स्पष्ट नभएकै कारण अमुक विषयमा करार हुन सक्छ वा सक्दैन भन्ने विषयमा विविधखाले फैसलाहरु अदातलवाट हुन पुगेका, जहाँ करार हुन सक्छ भनिएको छ त्यहाँपनि सैद्धान्तिक स्पष्टता सहित बिवादको निरुपण गरेको पाइदैन[93]। हाल नेपालको संविधानमा सम्पत्तिको हकलाई मौलिक हककोरुपमा स्वीकार गरिएको र मुलुकले खुला अर्थतन्त्रको माध्यमवाट सम्वृद्दि हासिल गर्ने मार्गमा अघि वढिरहेको सन्दर्भमा अवधारणात्मक पक्ष र यसको सीमा वारे स्पष्ट हुनु न्यायको लागि वान्छनीय देखिन्छ।

<u>निरुपण गरिनुपर्ने तेस्रो प्रश्न:</u> करारीय स्वतन्त्रता र हाम्रो व्यवहारिक प्रयोग के कस्तो छ? सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्तहरुले हामीलाई के कसरी निर्देशित गर्न सक्छन? करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणा सर्वप्रथम २०५६ सालको करार सम्बन्धी ऐनबाट नेपालमा प्रवेश गरेको हुँदा यी विषय अझै पनि नौलो नै छ। यसबारेमा धेरै व्याख्याहरु भएका छैनन्। तथापि केही नजिरहरु भने फेला पर्छन्। यहाँ दुईवटा यस्ता नजिरहरुको बारेमा चर्चा गरिनेछ।

नेपाल कानून पत्रिकामा प्रकाशित नजिरहरुको अध्ययन गर्दा करारीय स्वतन्त्रताको व्याख्या भएको पहिलो *ऐभरेष्ट वैङ्क लि.*[94] को मुद्दा भन्ने देखिन्छ। यो विवादमा चार्टड एकाउन्टेन्टस् परिषद्ले चार्टड एकाउन्टेन्टस्हरुको न्युनतम शुल्क

---

[91] उदाहरणको लागि युरोपेली मुलुकहरुको हकमा EC Unfair Trade Practices 2005.

[92] See Rent Act 1977, Unfair Contract Terms Act 1977, Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 of United Kingdom.

[93] तिर्थराज कुमारी राणा वि. रामशंकर श्रेष्ठ नेकाप २०४९ निन ४४४७; धनमाया महर्जन वि. तुलसी महर्जन नेकाप २०६२ निनं७५८३; इन्द्रवाहादुर राई वि. मङ्गलीमाया कुश्ले नेकाप २०६६ निन ८२६८; समिट होटल प्रालि वि. शारदा प्रसाई २०६८-छी-०३४४ फैसला मिति २०६९।०५।२५; नानीछोरी महर्जन वि. रविन्द्र महर्जन नेकाप २०६२ निन ७६१०; वीर शंकर कसाई विं अनिता लामा नेकाप २०६३ निन ७६७३; पारशमणी भारती वि. हेमराज वन नेकाप २०६४ निन ७८९६।

[94] ऐभरेष्ट वैङ्क लि. वि. चार्टड एकाउन्ट्स संस्था समेत, ने.का.प. २०७३ नि.न. ९७३६ पृ २३५८।

तोकेको विषयलाई अदालतमा उठाइएको थियो[95]। सो मुद्दामा चार्टड एकाउन्टेन्स् परिषदले चार्टड एकाउन्टेन्टसहरुको न्युनतम शुल्क तोक्न र सो भन्दा कम रकम लिने गरी कुनै पनि चार्टड एकाउन्टेन्सले सम्झौता गर्न सक्छ वा सक्दैन भन्ने प्रश्न उठेको थियो। परिषदको तर्फबाट यसमा सेवाको गुणस्तर कायम राख्न न्युनतम शुल्क तोकिएको हो भन्ने जिकिर रहेकोमा यस अदालतले करार ऐन, २०५६ को दफा ४ मा वर्णित करारीय स्वतन्त्रताको विषयमा विस्तृत व्याख्या गर्दै परिषद्ले न्युनतम शुल्क तोक्न नसक्ने निष्कर्षमा पुगेको पाइन्छ। अदालतका अनुसार **"लेखा परीक्षणको सेवा करारीय सम्झौता मार्फत प्रदान गरिने सेवा हुँदा सेवा लिने वा दिने विषयमा करारका शर्तहरु तोक्न पक्षहरु स्वतन्त्र रहने हुन्छन्। आ-आफ्ना संस्थासँग सम्बन्धित ऐनहरुले सेवा दिने विषयमा सामान्य मार्गदर्शन गरे पनि करारीय सम्झौता र त्यसका बारेमा पक्षहरुमा रहने स्वायत्ततालाई अंकुश लगाएको मान्न मिल्ने हुँदैन"**। यति भन्दा भन्दै पनि अदालतले करारीय स्वतन्त्रतालाई पूर्ण रुपमा व्यक्तिको स्वेच्छामा भने छाडेको देखिदैन।[96] अदालतका अनुसार यस्तो स्वतन्त्रताले उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४ र प्रतिस्पर्धा प्रवर्धन तथा बजार संरक्षण ऐन, २०६३ ले लगाएका सीमाङ्कनलाई भने बिर्सन मिल्दैन। ... **"उपभोक्ताहरु ठगिने वा उनीहरुले स्वतन्त्रतापूर्वक पूर्ण सु-सुचित र प्रतिस्पर्धात्मक रुपमा वस्तु वा सेवा खरिद गर्न सक्ने अधिकारको विपरीत हुने परिस्थिति सिर्जना गर्न कसैले पनि मिल्दैन"**। त्यसैगरी अदालतले प्रतिस्पर्धा प्रवर्धन तथा बजार संरक्षण ऐन, २०६३ को परिच्छेद २ तथा दफा ३(१)(क) को व्यवस्था उल्लेख गर्दै[97] **यद्यपि चार्टड एकाउन्टेन्सहरुको सेवा शुल्क तोक्दा यहाँ कुनै सम्झौता गर्ने प्रयास गरिएको छैन तथापि न्युनतम शुल्क तोक्ने जुन कार्य भयो सो कार्यको प्रकृति हेर्दा उक्त कार्य प्रतिस्पर्धाको विरुद्ध नै हुने देखिन आयो"** भन्ने व्याख्या गरेको छ। यसबारेमा अरु स्पष्ट गर्दै अदालतले भनेको छः **"उपभोक्ताको हितलाई ध्यानमा राखी विशेष परिस्थितिमा न्यूनतम शुल्कभन्दा पनि कममा सेवा लिन/दिन सक्ने गरी सो सम्बन्धमा मार्गदर्शन व्यवस्थासम्म विपक्षी परिषद्बाट हुन सक्ने देखिँदा एकांकीरूपमा सेवा शुल्क तोकेको विषय कानूनसम्मत् रहेको भन्न सकिदैन"।**

करारीय स्वतन्त्रता र यसका सीमाबारे व्याख्या भएको अर्को मुद्दा माथि उद्धृत वृहत पूर्ण इजलासबाट फैसला भएको ०६६-DF-००१९ समेतको *तुलारत्न बज्राचार्यको मुद्दा* हो[98]। यद्यपि यो मुद्दा करारीय स्वतन्त्रतासँग सोझै सम्बन्धित नभै घरजग्गा विक्री गर्ने सम्बन्धमा भएको करार रजिष्ट्रेसन गर्ने गरी अदालतले निर्णय गर्न र त्यस्तो निर्णय कार्यान्वयन हुन सक्छ वा सक्दैन भन्ने मूल प्रश्नसँग सम्बन्धित थियो, तर करारको विषयवस्तु छनौट र शर्तको कुरा पनि सो मुद्दामा समावेश भएको हुँदा प्रकारान्तरले बहुमत र अल्पमत दुवैले करारीय स्वतन्त्रताबारे चर्चा गरेको सो फैसलाको अध्ययनबाट देखिन्छ।

---

[95] चार्टड एकाउन्टेन्स परिषदको २०७१।११।४ को १९४ औँ बैठकले संस्थाको पेशागत प्रमाणपत्र प्राप्त सदस्यहरुले सुचिकृत सार्वजनिक वित्तिय संस्थाहरुको लेखा परीक्षण गर्दा कुल कर्जा लगानी वा निक्षेप जुन बढी हुन्छ त्यसको आधारमा १०० अर्व अन्दा बढी लगानी वा निक्षेप भएको वित्तिय संस्थाबाट रु २५,००,००० र एक अर्व भन्दा बढी लगानी वा निक्षेप भएको संस्था भए न्युनतम रु १,००,००० लेखा परिक्षण शुल्क लिनुपर्ने गरी तोकेको थियो।

[96] अदालतका अनुसार यस्तो स्वतन्त्रताले उपभोक्ता संरक्षण ऐन २०५४ र प्रतिस्पर्धा प्रवर्धन तथा बजार संरक्षण ऐन २०६३ ले लगाएका सीमाङ्कनलाई भने बिर्सन मिल्दैन। यसवारेमा अरु व्याख्या गर्दै अदालतले भनेको छ: "उपभोक्ता संरक्षण ऐनको दफा ६(१)(ग) मा "यथासम्भव प्रतिस्पर्धात्मक मुल्यमा उपभोग्य वस्तु वा सेवाको छनौट गर्न पाउने अवसरमा विस्वस्त हुने अधिकार" उपभोक्तालाई प्राप्त हुने कुरा उल्लेख छ। साथै अनुचित व्यापारिक क्रियाकलाप वा शोषण विरुद्ध सुनुवाई वा क्षतिपुर्ति पाउने अधिकार पनि उपभोक्तालाई सो ऐनको दफा २४ ले प्रदान गरेको छ।

[97] सो ऐनको परिच्छेद २ मा "स्वच्छ प्रतिस्पर्धा विरुद्धका काम" वारे उल्लेख गरिएको छ। त्यसैगरी ऐनको दफा ३(१)(क) मा "कुनै वस्तु वा सेवाको प्रत्यक्ष वा परोक्षरुपमा खरिद वा विक्रि मुल्य निर्धारण गर्ने वा त्यस्तो वस्तु वा सेवाको खरिद विक्रिका सर्तहरु तोक्ने" कार्यलाई प्रतिस्पर्धा विरुद्धको कार्यमा राखिएको छ।

[98] तुलारत्न वज्राचार्य वि. तारा श्रेष्ठपात्रवंश (०६६-DF-००१९) (बृहत पुर्ण इजलास) निर्णय मिति २०७६।३।२९।

सो मुद्दामा करारीय स्वतन्त्रताबारे बहुमत र अल्पमतका अलग अलग धारणा र अभिमतहरु फैसलामा व्यक्त भएको पाइन्छ।[99] बहुमत करारीय स्वतन्त्रतालाई करारको सामान्य नियमको रुपमा लिन्छ भने अल्पमत यसलाई त्यसरी हेरिनु नहुने तर्क गर्छ। बहुमत भन्छः **"सैद्धान्तिकरुपमा करारको कार्यविधि, स्वरुप र विषयवस्तु छनौट गर्न करारका पक्षहरुलाई स्वायत्तता प्राप्तहुने भएपनि यस्तो स्वायत्तता काररको निरपेक्ष नियम नभै सामान्य नियम मात्र हो"**। यहाँ "सामान्य नियम" भन्दा बहुमतको ध्यान करार सम्पन्न गर्ने तरिकातर्फ गएको देखिन्छ जस अनुसार जुन करारको कार्यान्वयन गर्न अन्य कुनै कानूनी प्रक्रिया पूरा गर्नु पर्दैन त्यसलाई सामान्य र जुनमा "पक्षहरु बिच भएको सम्झौताले अरु औपचारिक एवम् कानूनी प्रक्रिया पूरा गरेपछि मात्र करारकोरुपमा मान्यता पाउँन सक्छ" त्यसलाई बहुमतले औपचारिक भन्न खोजेको देखिन्छ। यसो भन्दा बहुमतको ध्यान करार ऐन, २०५६ को दफा ४ मा कम र दफा ८८ मा बढी गएको देखिन्छ[100]। सम्भवतः दफा ४ मा "यस ऐनको अधिनमा रही" भन्ने र दफा ८८ मा "मान्य हुने छैन" भन्ने शब्दावली प्रयोग भएबाट बहुमत करारीय स्वतन्त्रता करारको सामान्य नियम हो भन्ने निष्कर्षमा पुगेको हुनुपर्छ।

"करारीय स्वतन्त्रता" को विषयमा अल्पमतको धारणा छः **"करारको विषयवस्तु निर्धारण गर्ने कुरामा करारका पक्षहरु स्वतन्त्र हुन्छन्। करारका शर्तहरु निर्धारण गर्ने अन्तिम निर्णयकर्ता पनि करारका पक्षहरु नै हुन्। ...** प्रचलित नेपाल कानूनको प्रतिकूल नभएसम्म करारका पक्षहरुले निर्धारण गरेका शर्तहरु उनीहरुका लागि मान्य र स्वीकार्य बन्दछन्। प्रचलित नेपाल कानून प्रतिकूल शर्तहरु राखी भएका करारहरु बाहेक अन्य करारीय शर्तका कुराहरु ठिक वा बेठिक के छन् भनी हेर्ने" अदालतको काम होइन अल्पमतको ठहर छ। ऊ भन्छः **यसको तात्पर्य करारका शर्तहरु थप-घट गर्ने पूर्ण अख्तियारी वा स्वतन्त्रता करारका पक्षहरुमा नै सीमित रहन्छ भन्ने पनि हो। यस दृष्टिबाट हेर्दा प्रचलित कानून प्रतिकूल नहुने गरी जुनसुकै विषय र शर्त राखेर करार गर्न करारका पक्षहरु स्वतन्त्र रहन्छन भन्ने देखिन्छ**"।

संक्षेपमा *तुलारत्नको मुद्दा*मा वृहत पूर्ण इजलासमा बहुमत र अल्पमतद्वारा व्यक्त विचारोत्तेजक रायहरुले करार कानूनको समय सापेक्ष व्याख्यामा फरक दृष्टिकोण सहित योगदान गरेका छन्। दुवै रायले करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्तलाई स्वीकार गरेको पाइन्छ। फरक यति हो कि अचल सम्पत्तिको हस्तान्तरणको करारको हकमा करार ऐन, २०५६ को ८८ बमोजिम रजिष्ट्रेसन नगरेको करार अमान्य हुने हो वा कार्यान्वयन सम्म नहुने हो भन्ने विषयमा बहुमत र अल्पमतले अलग अलग मार्ग देखाएको पाइन्छ। करार ऐन, २०५६ को दफा ४ र ८८ को व्याख्या के हुन सक्छ, नयाँ मुलुकी देवानी संहिताको दफा ५०५(३) र ५१९ (२) (ख) ले कानूनबमोजिम कुनै खास औपचारिकता, वा कार्यविधि पूरा गरी गर्नुपर्नेमा त्यस्तो औपचारिकता पूरा नभई भएको करार कार्यान्वयन नहुने व्यवस्था गरेको सन्दर्भमा "करारीय स्वतन्त्रता" को अवधारणाको भविष्यमुखी व्याख्या के हुन सक्छ भन्ने सान्दर्भिक प्रश्न हाम्रो सामुन्ने उत्पन्न भएका छन्।

<u>निरुपण गरिनुपर्ने चौथो प्रश्नः</u> करारीय स्वतन्त्रताबारे भविष्यको रेखा कोर्दा हाम्रो दृष्टिकोण के कस्तो रहनु वान्छनीय हुन्छ?

---

99 बहुमतको राय मा.न्या. हरिकृष्ण कार्कीले लेख्नु भएको छ, र वहाँको रायमा सं.प्र.न्या. चोलेन्द्र शमसेर राणा, माननीय न्यायाधीशहरु दीपक कुमार कार्की, मीरा खड्का, प्रकाशमान सिंह राउत र तेजवहादुर कार्कीले समर्थन गर्नुभएको छ भने मा.न्या. ईश्वर खतिवडाले फरक मत लेख्नुभएको छ।

100 हेर्नुहोस करार ऐन २०५६ को दफा ४ "यस ऐनको अधीनमा रही करारको स्वरुप तथा विषयवस्तु छनौट गर्न, प्रतिफल, प्रतिफलको मात्रा, करारका शर्त तथा करार उल्लंघन भए वापत उपचारको प्रकृति निर्धारण गर्न र करार बमोजिमको विवाद समाधान गर्ने उपाय निश्चित गर्न करारका पक्षहरु स्वायत्त हुनेछन्"। त्यसै गरी दफा ८८ "प्रचलित कानूनले कुनै खास प्रकारको करार गर्न कुनै खास कार्यविधि पूरा गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको वा कुनै सरकारी कार्यालयमा रजिष्ट्रेसन गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको रहेछ भने त्यस्तो रीत पूरा नगरी भएको करार मान्य हुनेछैन"।

करारीय स्वतन्त्रता करारको मात्र विषयवस्तु नभै खुला अर्थतन्त्रको मेरुदण्ड हो। खुला अर्थतन्त्रको विकास नै व्यक्तिहरु आफू खुसी कारोवार गर्न, कारोवारको विषयवस्तु छान्न र कारोवारको शर्तहरु तोक्न र विवाद परेमा कसरी समाधान गर्ने भन्ने तय गर्न निजीरुपमा सक्षम हुन्छन् भन्ने हो। करार कानूनलाई निजी कानून भन्नुको तात्पर्य पनि त्यँही हो। करार ऐन, २०५६ मार्फत करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्तले औपचारिक रुपमा नेपालमा प्रवेश पाएको भए पनि सो अघि गरिएका व्याख्याहरुले पनि करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्तलाई परोक्षरुपमा भएपनि समर्थन र परिपुष्टि गरेको अध्ययनबाट देखिन्छ। *तिर्थराज कुमारी राणा*को मुद्दा[101] त्यसको जिउँदो जाग्दो उदाहरण हो।

यो सत्य हो कि करारीय स्वतन्त्रतालाई १९ औं सताब्दीको जस्तो शर्तरहित अवधारणाको रुपमा हेर्न सकिने अवस्था आज छैन। तर आज पनि यो करार कानूनको एउटा महत्वपूर्ण सिद्धान्त हो र यसको अभिन्न सम्बन्ध बजार अर्थशास्त्र र समाजमा विद्यमान वैयक्तिक मूल्य र मान्यता (Individualistic Ethos), सिर्जनात्मकता र सम्वृद्धिसँग छ भन्ने कुरालाई हामीहरुले बिर्सन मिल्दैन। सामाजिक स्वार्थको लागि व्यक्तिगत हित तथा प्रगतिका प्रयासहरुलाई छाड्नु नै पर्छ भन्ने मान्यतालाई खुला अर्थतन्त्रमा स्वीकार गर्न कठिन हुन्छ। करार गर्न बस्दा पक्षले आफ्नो हित हेर्ने हो। अमुक बिषयवस्तु वा शर्तले आफूलाई फायदा गर्छ र यस्तो गरिनु सार्वजनिक नीति वा कानूनको विरुद्ध हुँदैन भने त्यस्तो स्वभाविक फायदालाई छाड्नुपर्छ भनी करार कानूनले भन्दैन। फरक कति सम्म हो भने करारीय स्वतन्त्रता शर्त रहित छैन तर यसको तात्पर्य स्वतन्त्रता नै छैन भन्ने होइन, सम्झौता गर्दा असल नियतले गर्नुपर्छ भन्नुको अर्थ त्यस्तो सम्झौताबाट फायदा हुने कुरा गर्नै हुँदैन भनिएको कदापि होइन ।

करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्त मुलुकले बजारको व्यवहारलाई कसरी निर्देशित गरेको छ भन्नेमा पनि निर्भर रहन्छ। स्पष्ट शब्दमा भन्दा बजार विक्रेता वा क्रेता कसको हो? मुलुकको कानूनी संरचनाले कसलाई समर्थन गर्छ, के गर्दा समन्जस्य एवं न्यायपूर्ण व्यवस्था कायम हुन सक्छ भन्ने सैद्धान्तिक सन्दर्भलाई पनि अदालतहरुले बिर्सन मिल्दैन। पछिल्लो समयमा उपभोक्ता सम्बन्धी कानूनको विकाससँगै करारीय सम्बन्ध (Privity of Contract) मा विचलन आएको र यसले प्रत्यक्षतः करारको पक्ष नै नभएको व्यक्तिको सम्बन्धमा पनि वस्तु वा सेवा प्रदायकले दायित्व बेहोर्नुपर्ने परिस्थिति पारेको छ। यस्तै प्रभाव मानव अधिकार कानूनले पनि पारेको छ। करारीय स्वतन्त्रताको नाममा सार्वजनिक नितिले स्वीकार नगर्ने कुराहरु स्वीकार्य हुँदैनन्[102]। त्यस्तै परिस्थिति कामदारहरुको हकहितको सुरक्षा, वातावरणको संरक्षण आदि सन्दर्भमा पनि परेको छ।

सैद्धान्तिक रुपमा हेर्दा करारीय स्वतन्त्रता भित्र व्यक्तिगत उन्नयनलाई महत्व दिने स्वतन्त्र बजार केन्द्रित व्यक्तिवादी (Market Individualism) धार र अर्को उपभोक्ताको हित (Consumer Welfarism) सम्बन्धी धार गरी दुईवटा स्पष्ट धारहरुले निरन्तररुपमा अन्तरक्रिया गरिरहेको भेटिन्छ। पहिलो अर्थात बजार केन्द्रित व्यक्तिवादी धार अन्तरगत करार कानूनले बजारको स्वतन्त्र प्रवाह, प्रतिस्पर्धी क्रय विक्रयलाई मजवुत पार्छ। यस्तो व्यवस्थाले करारका स्पष्ट नियमहरु, कारोवारको सुरक्षा र व्यापारिक क्षेत्रमा चलेका व्यवहारहरुलाई मान्यता हुनुपर्ने कुरामा जोड दिंदै ती मूल्यहरुको जगेर्नाको लागि करारीय स्वतन्त्रता (Freedom of Contract) र करारको पवित्रता (Sanctity of Contract) लाई महत्व दिनुपर्छ भन्छ। बजार केन्द्रित व्यक्तिवादी धारको मुख्य आधार करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्त हो। यसले व्यक्तिहरुलाई करारको विषयवस्तु छनौट गर्न, करारको शर्त तोक्न र आफ्नो हितमा मोलमोलाई गर्न पूर्ण स्वतन्त्रता प्रदान गरिनुपर्छ र व्यक्तिहरुले करार गरेका छन् भने त्यसको कार्यान्वयन गराउनु नै न्यायपालिकाको सर्वोपरि कर्तव्य बन्छ भन्छ। यसको विपरीत उपभोक्ता हित सम्बन्धी धारले करोवारमा तर्कसंगतता र स्वच्छता (Reasonableness and

[101] तिर्थराजकुमारी राणा वि. रामशंकर श्रेष्ठको मु.स. गर्ने विनोद शंकर श्रेष्ठ ने.का.प. २०४९ नि.नं. ४४४७ पृ १ ।

[102] जस्तो, हिन्दू देशमा गाई काट्ने वा मुस्लिम देशमा सुंगुर काट्ने कुरा आदि ।

Fairness) खोज्छ। कसैले पनि आफ्नो गल्ति वा कमजोरीबाट उल्टो फायदा लिन खोज्नु हुँदैन; अन्यायपूर्वक र अस्वच्छरुपमा धनी बन्नु हुँदैन; करार उल्लंघन वापतको क्षतिपूर्ति उल्लंघनको प्रकृति र गम्भीरता अनुरुपको हुनुपर्छ; करारमा उपचार स्वरुप क्षतिपूर्ति दिइने हो दण्ड दिइने होइन; करारको शाब्दिक व्याख्या गर्दा सोझै अन्याय पर्छ भने न्यायाधीशले न्यायको बाटो नै पक्रनुपर्छ भन्ने कुरामा उपभोक्ता हितसम्बन्धी धारले जोड दिन्छ[103]। यो धारलाई वर्तमान उपभोक्ता तथा मानव अधिकार सम्बन्धी विधिशास्त्रको समर्थन प्राप्त छ। हाम्रो करार कानूनको विकास र न्यायिक व्याख्यामा हामीहरुले यी आयामहरुको पनि राम्रो परख गर्नु आवश्यक छ।

करारीय स्वतन्त्रताको सिद्धान्त र यसको प्रयोगमा १९औं सताब्दी देखि अहिलेसम्म जुन परिवर्तन भएको छ सो अदालतको मात्र कारणले नभै राजनीतिक सिद्धान्त, अर्थशास्त्र, व्यवस्थापन, प्रविधिमा आएको परिवर्तनका साथै मानव अधिकार कानून र यसले उपेक्षित वर्गमा सिर्जना गरेको अधिकार प्रतिको सचेतना पनि जिम्मेवार छ। यी कुराहरुसँगै अदालतको पनि भूमिका बदलिएको छ; अदालत पनि करारमा हस्तछेप गर्नु हुँदैन भन्नेबाट करारमा असल नियत, स्वच्छता, तर्कसंगतता र न्यायिक स्वविवेकको प्रयोग गर्ने अवस्थामा पुगेको छ। यो सहि हो कि अदालतले पनि सधैं एउटै धार पक्रेको छैन। यसले कहिले करारका व्यवस्थाहरुलाई कडाईका साथ हेर्ने नियमनिष्ट दृष्टिकोण (Formalistic Approach) र कहिले करारको परिणामलाई हेरी न्यायको पक्षमा उभिने यथार्थवादी सोच (Realist Approach) लाई पक्रेको देखिन्छ।[104] विगत पचास वर्षको परिवर्तनलाई हेर्ने हो भने करारीय व्यवहारमा अनेकौं जटिलताहरु थपिएका छन्। अब करार एउटा किसानले गर्ने गोरु भैसी वा घोडाको विक्री गर्ने जस्तो छोटो, सरल र तुरुन्तै टुङ्गिने प्रकृतिको छैन। यसको उदाहरणको लागि एउटा ठूलो पूर्वाधार संरचनाको निर्माणमा भएको करारलाई हेरे पुग्छ जहाँ एउटा करार भित्र वा सोसँगै सृङ्खलावद्धरुपमा जोडिएका अनेकौं कराहरु फेलापर्छन्। अदालतले करारको व्याख्या गर्दा यी समग्र करारहरुको अन्तरसम्वद्दतालाई समेत हेरी व्याख्या गर्नु पर्ने हुन्छ। बजारका करारीय प्रवृत्तिहरु पनि एकै खाले छैनन्। जस्मध्ये ढाँचावाला करार (Standard Form) को बढी प्रयोग, करारको पक्ष, नियामकको रुपमा सरकारको संलग्नता, करारको संरचनामा व्यक्तिवादी (Market Individualism) सोच र उपभोक्ताको हितवादी सोच (Consumer Welfarism) बिचको द्वन्द, वस्तु र सेवाको उत्पादक र उपभोक्ताको हैसियतमा रहेको खाडल, प्रविधिले ल्याएको परिवर्तन आदि विचारणीय पक्ष हुन सक्छन्। यस अवस्थामा **उपयुक्त करार कानून र व्यवहार के हुन सक्छ? करारीय स्वतन्त्रतालाई कसरी हेर्न सकिन्छ? भन्ने बारेमा हामीहरुले गहिरिएर विचार गर्नु आवश्यक छ। मुलुकले अङ्गिकार गरेको संवैधानिक व्यवस्था, त्यसले स्वीकार गरेको समाजवाद उन्मुख राज्य व्यवस्था, खुला अर्थतन्त्र, निजी सम्पत्ति माथिको व्यक्तिको अधिकार, बजारको नियमनमा राज्यको दायित्व, विधिको शासनको आधारभूत ढाँचा र विश्वव्यापिकरणको सन्दर्भमा हामीले आफ्नो सुरक्षा, सम्बृद्धि र दीगो विकासको लागि न्यायपूर्ण व्यवस्था कसरी कायम गर्न सक्छौं भन्नेबारेमा समेत एउटा स्थायी सोच बनाउनु आवश्यक छ। त्यसो गरेमा मात्र अहिले करार कानूनको व्याख्या को सन्दर्भमा देखिएको अस्तव्यस्त अवस्थाबाट हामीहरु मुक्त हुन सक्छौं।** प्रस्तुत विवादको निरुपण गर्दा करार कानूनको यो वृहत भावभूमि र करारीय स्वतन्त्रताको अवधारणात्मक पक्षबारे स्पष्ट दृष्टि राखेर नै अघि बढ्नु वान्छनीय हुन्छ।

<u>निरुपण गर्नुपर्ने पाँचौं प्रश्नः</u> के विवादित लिखतले करार ऐन, २०५६ को दफा ४ र दफा ८८ को शर्त पूरा गर्छ?

---

[103] John N Adams and Roger Brownsword (2000) Cited in LINDA MULACHY AND JOHN TILLOTSON, CONTRACT LAW IN PERSPECTIVE 46th ed. Cavendish Publication 2004 at p 40-41

[104] LINDA MULACHY AND JOHN TILLOTSON, CONTRACT LAW IN PERSPECTIVE 46th ed. Cavendish Publication 2004 at p 40-41

प्रस्तुत मुद्दा जग्गा बिक्री सम्बन्धी कुरा मञ्जुर गरी गरिएको करार (Agreement to Sale) हो। यो आफैमा बिक्री नामाको कागज (Sale Deed) होइन। *तिर्थराज कुमारी राणा*को मुद्दा देखि यी दुई प्रकारका लिखतहरुको भिन्नता बारे अदालतको दृष्टिकोण स्पष्ट रहदै आएको छ। *तुलारत्नको मुद्दा*मा पनि विवादित लिखतलाई बहुमत र अल्पमत दुवैले विवादित लिखत जग्गा बिक्री गर्न मञ्जुरी गरिएको करार लिखत (Agreement to Sale) हो भन्ने मानेको पाइन्छ। सो मुद्दाको लिखत र प्रस्तुत मुद्दाको विवादित लिखतमा फरक यति छ कि सो लिखत रजिष्ट्रेसन पारीत भएको थिएन यसमा पारीत भएको छ। तर यति भन्दैमा करार ऐनको दफा ४ र दफा ८८ को सम्बन्ध बारेमा बोल्नै नपर्ने हुँदैन। मूलरुपमा यस इजलासको ठम्याई के छ भने करार ऐन, २०५६ को दफा ४ ले **"करारको स्वरुप तथा विषयवस्तु छनौट गर्न, प्रतिफल, प्रतिफलको मात्रा, करारका शर्त तथा करार उल्लंघन भएवापत उपचारको प्रकृति निर्धारण गर्न र करार बमोजिमको विवाद समाधान गर्ने उपाय निश्चित गर्न करारका पक्षहरु स्वायत्त हुनेछन्"** भन्ने व्यवस्था गरेको सन्दर्भमा करारको विषयवस्तु जग्गा बिक्री गर्ने रहेको, प्रतिफल रकममा निश्चित गरिएको, दुवै पक्षले पालन गर्नुपर्ने शर्त उल्लेख गरिएको र करारको उल्लंघन भएवापत उपचारको प्रकृति समेत पक्षहरुले नै निर्धारण गरी साक्षीहरुको रोहवरमा सहिछाप गरेकोबाट विवादित कागजले करार ऐनको दफा ४ को शर्तहरु पूर्णरुपमा पालन गरेको देखिन्छ। अब उक्त दफा ४ को शुरुमा **"यस ऐनको अधिनमा रही"** भन्ने वाक्यांश परेबाट यसले दफा ८८ को व्यवस्थालाई संकेत गर्न खोजेको मानेमा पनि सो दफामा "प्रचलित कानूनले कुनै खास प्रकारको करार गर्न कुनै खास कार्यविधि पूरा गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको वा कुनै सरकारी कार्यालयमा रजिष्ट्रेसन गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको रहेछ भने त्यस्तो रीत पूरा नगरी भएको करार मान्य हुने छैन" भनिएको र प्रस्तुत लिखत मिति २०६३।२।२२ मा मालपोत कार्यालय चावहिलमा रजिष्ट्रेसन गरिएकोबाट सो शर्त पूरा भएको नै देखिन्छ। एकछिनको लागि लिखत रजिष्ट्रेसन नगरेको अवस्था रहेछ भने पनि उक्त दफामा उल्लेखित "मान्य हुनेछैन" भन्ने शब्दको अर्थ करार नै वैध हुनेछैन भन्ने लाग्दैन। *तुलारत्न बज्राचार्यको मुद्दामा* वृहत पूर्ण इजलासमा बहुमतले पनि वादीलाई बैनावापत दिएको रकम र सो को कानूनबमोजिम हुने व्याज भराएबाट सारांशमा करारलाई वैध मानेको नै निष्कर्ष निस्कन्छ। **सैद्धान्तिक रुपमा हेर्दा करार ऐन २०५६ को दफा ८८ को व्यवस्था करार मान्य हुने वा नहुने व्यवस्था नभै त्यस्तो शर्त नपुगेको लिखत कार्यान्वयन हुने वा नहुने कुरासँग सम्म सम्बन्धित विषय हो। हाल मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ५०७(३) र दफा ५१९(२)(ख) मा उल्लिखित "कानूनबमोजिम कुनै औपचारिकता, कार्यविधि पूरा गरी गर्नुपर्ने वा कुनै निकायमा दर्ता गर्नुपर्ने व्यवस्था भएको करार त्यस्तो औपचारिकता, कार्यविधि पूरा नभई भएको वा दर्ता नभएकोमा" त्यस्तो करार कार्यान्वयन नहुने जुन व्यवस्था गरिएको छ सो कार्यविधिको सम्म कुरा हो भन्ने सो व्यवस्थाको अध्ययनबाट देखिन्छ। अवश्य पनि त्यस्तो करार कार्यान्वयन हुन माथि उल्लेख गरेको कार्यविधि पूरा हुनुपर्छ, तर यसको मतलव करार नै अवैध वा अमान्य हुने भने होइन। अमान्य हुने भन्ने व्याख्या करारको दफा ४ र हाल मुलुकी देवानी संहितको दफा ५०७ को अनुकूल हुने देखिदैन।** करार ऐन, २०५६ को दफा ८८ कै सन्दर्भमा पनि सो कार्यविधि पक्षहरुले चाहेमा जहिले पनि पूरा गर्न सक्छन्, न्यायको लागि आवश्यक देखिएमा अदालतले मर्का पर्ने पक्षको निवेदनमा रजिष्ट्रेसन गर्नु भनी आदेश पनि दिन सक्छ। मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १२ ले अदालतलाई त्यस्तो आदेश दिन सक्ने कानूनी आधार प्रदान गरेकै छ। यस्तो कानूनी व्यवस्था रहनु पूर्व नै पनि *तिर्थराज कुमारी राणा*[105] लगायत करार ऐन, २०२३ अन्तरगतका कैयौं मुद्दाहरुमा यस अदालतले त्यस्तो आदेश दिएको पनि छ। **तर दफा ८८ अन्तरगतको रजिष्ट्रेसनको कार्यविधि पूरा नगरेको करार मान्य करार हुँदैन भन्दा पछिबाट त्यस्तो शर्त पूरा गर्ने सम्पूर्ण**

[105] तिर्थराजकुमारी राणा वि. रामशंकर श्रेष्ठको मु.स. गर्ने विनोद शंकर श्रेष्ठ ने.का.प. २०४९ नि.नं. ४४४७ पृ १।

सम्भावनाहरु बन्द हुन्छन् र यस्तो व्याख्या करार ऐन, २०५६ को दफा ४ र देवानी संहिताको दफा ५०७ को मूल मान्यता र मर्मको विपरीत हुन जान्छ भन्ने करारीय स्वतन्त्रताको माथि उल्लेखित व्याख्याबाट देखिन्छ। प्रस्तुत मुद्दामा करार रजिष्ट्रेसन गरेको अवस्था हुँदा करार ऐन, २०५६ को दफा ४ को शर्त र दफा ८८ को कार्यविधि पूरा गरेको देखिन्छ। तसर्थ प्रस्तुत मुद्दामा उत्पन्न विषयवस्तु *तुलारत्नको मुद्दा*मा जस्तो पेचिलो बनेको अवस्था छैन। त्यसैले वादी र प्रतिवादी बिच भएको मिति २०६३।२।२२ को करार उक्त दफा ४ वा दफा ८८ को व्यवस्थाको कारण कार्यान्वयनबाट रोकिनुपर्ने अवस्था देखिदैन।

<u>निरुपण गरिनुपर्ने छैठौं तथा अन्तिम प्रश्न</u>**: वादी दावी बमोजिम करारको परिपालना गराउनु पर्ने हो वा होइन; पुनरावेदन अदालतको निर्णय मिलेको छ वा छैन। पुनरावेदक प्रतिवादीको पुनरावेदन जिकिर पुग्न सक्ने हो वा होइन?**
मिति २०६३।२।२२ को करारका माथि उल्लिखित शर्तहरु हेर्दा विवादित जग्गाको मूल्य रु.१२,५०,०००।- मध्ये रु.१२,००,०००।- वादीले प्रतिवादीलाई तत्कालै दिएको र बाँकी रु.५०,०००।- पारीत गर्ने समयमा दिने भन्ने शर्त रहेको देखिन्छ। यस्तो शर्त राखी करार गर्न प्रचलित कानूनले वादी प्रतिवादीलाई रोक नलगाएको, विवादित लिखत करार ऐन, २०५६ को दफा ४ अनुकूल रहेको र लिखतले दफा ८८ को कार्यविधि समेत पूरा गरेको कुरा माथि उल्लेख भैसकेको छ। करार ऐन, २०५६ को दफा ७४ बमोजिम करार गर्ने हरेक पक्षले आफ्नो दायित्व पूरा गर्नुपर्ने हुन्छ। विवादित करार बमोजिमको बाँकी रुपैंया करारका शर्त बमोजिम तिर्न वादी तयार रहेको र प्रतिवादीले जग्गा पारीत गरिदिने कुरालाई इन्कार गरेको वाट प्रतिवादीले करारको शर्त पूरा नगरेको स्पष्ट देखिन आयो। अब यस्तो स्थितिमा वादी दावी बमोजिम करार ऐन, २०५६ को दफा ८६ बमोजिम गरिदिन प्रतिवादी बाध्य छ वा छैन भनी हेर्दा सो दफाको उपदफा (१) मा **"करार उल्लंघन भएको कारणबाट मर्का पर्ने पक्षलाई पुग्न गएको वास्तविक हानि नोक्सानी वापत नगद क्षतिपूर्ति मनासिव र पर्याप्त नहुने भएमा त्यसरी मर्का पर्न गएको पक्षले क्षतिपूर्तिको दावी गर्नुको सट्टा करारको यथावत परिपालनाको दावी गर्न सक्ने छ"** भन्ने व्यवस्था रहेको देखिन्छ। सोहि दफाको उपदफा (२) को खण्ड (क) मा उल्लेख भए बमोजिम "करार उल्लंघन भएवापतको क्षतिपूर्ति नगद नै पर्याप्त हुने" वा (ख) मा उल्लेख भए बमोजिम "करार बमोजिमको काम भए नभएको कुरा अदालतले सुपरीवेक्षण गर्न नसक्ने भएमा" भन्ने अवस्था यो हो वा होइन भनी हेर्दा प्रस्तुत विवादमा वादीको फिराद मिति २०६४।४।७ मा दर्ता रही साढे चौध वर्ष भन्दा बढि समय देखि वादी न्यायको याचना गरी अदालतमा उपस्थित रहेको पाइन्छ। वादीले करारबमोजिम तत्काल पूरा गर्नुपर्ने दायित्व पूरा गरेको देखिन्छ भने, प्रतिवादीले करारको दायित्व पूरा गर्न तयार छु वा नगद क्षतिपूर्ति दिन तयार छु भन्ने सम्मको पनि जिकिर लिएको अवस्था यहाँ देखिदैन। वादीले नगद विकल्प हुन सक्छ भन्ने कुरालाई फिरादमा अस्वीकार गरेको र मुद्दा अदालतमा विचाराधीन रहेको अवधिमा जग्गाको भाउ जे जसरी बढेको छ सो लाई दृष्टिगत गर्दा नगद क्षतिपूर्तिबाट वादीलाई हुन गएको वास्तविक हानीको भरिभराउ हुन सक्ने अवस्था देखिदैन। अब जहाँसम्म अदालतले यो कुराको सुपरीवेक्षण गर्न सक्छ वा सक्दैन भन्ने कुरा छ विवादित विषय जग्गा पारीत गरिदिने कुरासँग सम्बन्धित रही सुपरिवेक्षण गरिरहनुपर्ने अवस्थाको विवाद नै देखिदैन। नेपालको संविधानको धारा १२६(२) बमोजिम मुद्दा मामिलाको रोहमा अदालतले दिएको आदेश वा निर्णयको सबैले पालना गर्नुपर्ने व्यवस्था रहेको र फैसला कार्यान्वयन गर्न प्रतिवादी तयार नरहेमा वादीको निवेदनबाट लिखत पारीत गरिदिनु भन्ने लगायतका आदेश गर्न फैसला कार्यान्वयनको चरणमा गर्न शुरु जिल्ला अदालत सक्षम नै रहेको देखिन्छ। **यद्यपि करारको यथावत परिपालनालाई अदालतको स्ववीवेकीय अधिकारको रुपमा हेरिन्छ तर जहाँ नगद क्षतिपूर्तिबाट वादीलाई पूर्ण न्याय मिल्ने अवस्था छैन त्यहाँ यथावत परिपालनालाई इन्कार गर्न मिल्ने पनि हुँदैन। आफू समक्षको विवादमा सकेसम्म पूर्ण न्याय गर्ने तर्फ नै अदालत अग्रसर रहनुपर्छ। त्यो उसको संवैधानिक दायित्व पनि हो। सक्षम न्यायपालिकाको संवैधानिक परिकल्पना भित्र पूर्ण एवं प्रभावकारी न्याय पर्छ भन्ने कुरालाई अदालतले विर्सन मिल्दैन।** तुलनात्मक कानूनको स्थिति हेर्दा पनि कमन ल र सिभिल ल परिपाटिको अनुशरण गर्ने मुलुकहरुमा नगद क्षतिपूर्ति पर्याप्त उपचार नहुने अवस्थामा करारको यथावत

परिपालना वा विशिष्ट परिपालनाको आदेश दिनबाट इन्कार गरिदैंन[106] भन्ने नै देखिन्छ। हाम्रो अदालतले अनुशरण गरेको परिपाटिलाई हेर्दा पनि *तिर्थराज कुमारी राणा* देखि *तुलारत्न बज्राचार्य* सम्म करारको यथावत परिपालनालाई अदालतले सिद्धान्ततः स्वीकार गरेको नै पाइन्छ। यस अवस्थामा माथि विभिन्न खण्डहरुमा उल्लेख भएबमोजिम विवादित करारको लिखतले करार ऐन, २०५६ को दफा ४ र दफा ८८ को शर्त पूरा गरेको, दफा ७४ बमोजिमको दायित्वलाई प्रतिवादीले इन्कार गर्न पाउने अवस्था नदेखिएको र दफा ८२ र ८६ समेतको व्यवस्थाहरु समेतलाई प्रस्तुत विवादको रोहमा हेर्दा वादीलाई पूर्ण न्याय दिलाउन करारको यथावत परिपालना गराउनु नै न्यायोचित हुने देखिन्छ। यस स्थितिमा करारको यथावत परिपालना गराउनु पर्ने ठहऱ्याएको तत्कालिन पुनरावेदन अदालतको फैसलालाई अन्यथा भन्नुपर्ने देखिएन।

अतः माथि विवेचित आधार कारणहरुबाट विवादित मिति २०६३।२।२२ को करार कार्यान्वयन योग्य करार देखिई वादी दावी बमोजिम वादीले करारको परिपालना गराई लिन पाउने देखिंदा वादी दावी नपुग्ने गरी भएको मिति २०६५।०२।२२ को शुरु फैसला उल्टी गरी वादी दावी बमोजिम मिति २०६३।०२।२२ को मालपोत कार्यालयमा रजिस्ट्रेसन भएको करारनामा लिखत बमोजिमको ०-६-० जग्गा भुक्तानी गर्न बाँकी रकम भुक्तान गरी साथै आवश्यक कानूनी प्रक्रिया पूरा गरी वादीले करार बमोजिमको शर्त परिपालना गराई पाउने ठहऱ्याई पुनरावेदन अदालत पाटनबाट मिति २०६६।११।१७ गते भएको फैसला मिलेको देखिंदा सदर हुने ठहर्छ। पुनरावेदक प्रतिवादी पवन राजभण्डारीको पुनरावेदन जिकीर पुग्न सक्दैन। फैसला बमोजिम गर्न प्रतिवादी र सम्बन्धित मालपोत कार्यालय समेतलाई लेख्नु भनी शुरु अदालतलाई लेखी प्रस्तुत मुद्दाको दायरीको लगत कट्टा गरी मिसिल नियमानुसार अभिलेख शाखामा बुझाइदिनू।

न्यायाधीश

उक्त रायमा म सहमत छु।

न्यायाधीश

इजलास अधिकृतः विनिता भारती; अनुसन्धान सहयोगी शा.अ. किर्ति थापा

कम्प्युटर अपरेटरः रेखा भट्टराई

इति संवत् २०७७ साल माघ १८ रोज १ शुभम् --------------------------।

---

[106] ANSON'S LAW OF CONTRACT, (Sir Jack Beatson QC ed. 28TH ED. 2008 at p 632-633 states: An order of specific performance is one by which the court direct the defendant to perform the contract, and in accordance with its terms. By contrast to civil law system which generally regards the innocent party's primary recourse as, in principle, to have the contract performed, the jurisdiction to order specific performance is supplementary to the common law remedy of damage. Notwithstanding this difference of principle, in practice, even in civil law system, specific performance is only granted if the innocent party has a specific interest in performance wihich is not satisfied by damages."

दुष्कृति कानूनको अवधारणा र प्रयोगको दायरा

डा. नारायण प्रसाद घिमिरे*

१. दुष्कृति कानूनको अवधारणा (Basic Concept of Tort Law)

आफूले गरेको काम, कर्तव्य र व्यवहारबाट अर्को व्यक्तिलाई प्रतिकूल असर वा हानि नोकसानी हुन गयो भने गल्ती गर्नेबाट क्षतिपूर्ति भराउनु पर्छ भन्ने धारणा देवानी कानूनको क्षेत्रमा विकास भैआएको छ। Tort law requires compensation from those who cause harm to others in the course of performing their duty, application of authority, and enjoying their privileges and thus, even government requires to follow the procedural due process and, therefore, generally not immune from tortious act causing harm to citizen.[107] कुनै पनि व्यक्तिले निर्वाह गर्नुपर्ने न्यूनतम अपेक्षित कर्तव्य निर्बाह नगरेको कारणले हुन जाने देवानी गल्ती (Civil wrong) बाट अरुलाई पुग्ने वा पुग्न गएको नोकसानीबापत क्षतिपूर्तिको भागीदार हुनुपर्छ भन्ने अवधारणा नै दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी सिद्धान्तको आधारभूत मान्यता (Basic concept of Tort Law) मानिन्छ।

दुष्कृतिसम्बन्धी आधुनिक कानून र यसको अवधारणाको विकासलाई हेर्दा सन् १९२० को दशकतिर ब्रिटिश साम्राज्य अन्तर्गत रहेको भूगोलमा नागरिकले अन्य देशहरूलाई सभ्यता र इमानदारिता देखाउन दुष्कृति कानूनलाई विश्वव्यापीकारण गर्ने प्रयास ब्रिटिशहरुले गर्दै आएका थिए। यसलाई समुदायको आवश्यकताले माग गरेको कानून भनेर बुझिने गरिन्थ्यो[108]। प्रसिद्ध विधिशास्त्री फेडरिक पोलकले दुष्कृति कानूनको बारेमा आफ्नो पुस्तक Law of Tort: A Treatise on the Principles of Obligations मा कमनवेल्थ अन्तर्गतका सबै सभ्य नागरिक सदस्यहरुले आफ्ना छिमेकीहरुप्रति कानूनी आधार र अख्तियारी बिना कुनै हानि नोकसानी गर्ने छैनन् र गर्न मिल्दैन भनि उद्घोषण गरेका थिए[109]। विशेष गरेर औद्योगिक युगपछि व्यक्ति, व्यापारी र अन्य संस्थाहरुले अरुको क्रियाकलापको कारणले धेरै प्रकारका नोकसानीहरु व्यहोर्नु परेकोले त्यस्ता नोकसानीहरुको परिपूरणको लागि गल्ती गर्नेलाई उत्तरदायी बनाउन र क्षतिपूर्तिको परिकल्पना गर्ने क्रममा दुष्कृति कानूनको सरोकार, चासो र आवश्यकता देखा परेको उल्लेख गरेका छन्[110]। त्यसैले दुष्कृति कानूनको अवधारणा र विकासक्रमलाई राम्रोसँग हेरियो भने यसलाई नागरिकहरुकै आवश्यकताको लागि नागरिक व्यवहारलाई नियमित गर्न विकास गरिएको कानूनको रुपमा लिने गरिन्छ। फ्रान्सको देवानी कानून अन्तर्गत दुष्कृतिलाई नागरिकहरुले गर्ने गलत आचरण (Wrongful

---

* Dr. Ghimire is a Senior Advocate, and also holds LLM (Hons.) and Doctorate in Juridical Science (SJD) from USA.

107 WILLIAM BURNHAM, SEPARATING CONSTITUTIONAL AND COMMON-LAW TORTS: A CRITIQUE AND A PROPOSED CONSTITUTIONAL THEORY OF DUTY (University of Minnesota Law School, 1989).

108 PAUL MITCHELL, A HISTORY OF TORT LAW- 1900- 950 (Cambridge University Press, 2015).

109 FREDERICK POLLOCK, THE LAW OF TORTS (6th ed., 1901)

110 GRAHAM STEPHENSON, SOURCEBOOK ON TORTS, (2nd ed., Cavendish Publishing Limited, 2000).

conduct) भनिन्छ र यस्ता कार्यलाई राज्यको मूल्य एवं नागरिकहरुको नैतिकतासँग पनि जोडेर बुझिने गरिन्छ।[111]

भारतको न्याय प्रशासनमा क्षतिपूर्तिसम्बन्धी स्पष्ट कानून नभए तापनि बिकासको क्रममा अदालतबाट स्थापित हुँदै आएका न्यायिक मान्यताले पनि महत्त्वपूर्ण भूमिका निर्वाह गरेको *पाइन्छ। M. C. Mehta v. Union of India*[112] को मुद्दामा न्यायाधीश भगवतीले आफ्नो न्यायिक टिप्पणीमा देशमा औद्योगिक विकास द्रुत गतिले बढ्दै गएको अवस्थामा नयाँ विधिशास्त्रको निर्माणमा सिद्धान्त र मान्यताको विकास गर्दै भविष्यमा आउने सम्भावित समस्याको समाधान गर्नुपर्छ भनी दुष्कृतिका मान्यताहरु कानूनकै रुपमा आउनु र देखिनु जरुरी भएको बताएका थिए। त्यस्तैगरी भारतीय न्यायालयबाट *Jay Laxmi Salt Work (P) Ltd. v. State of Gujrat*[113] को मुद्दामा खासगरी दुष्कृति कानून नैतिक दायित्वको धरातलबाट खडा हुने विषय भएकोले गल्ती गर्नेलाई उत्तरदायी बनाउन दुष्कृतिको दायित्वको दायरा बढाउनु पर्ने टिप्पणी भएको थियो। नागरिकहरुबीच नैतिक र देवानी दायित्वको बोध गराउदै यस्तो कर्तव्यको उल्लङ्घन भएमा कानूनले जरिवाना तिर्न बाध्य बनाउँछ भन्ने सन्देश दिनु पनि न्यायिक काम हो भन्ने महत्त्वपूर्ण न्यायिक विवेचनामार्फत भारतीय न्याय प्रणालीमा दुष्कृतिसम्बन्धी अवधरणालाई थप बलियो बनाउने काम भैआएको पाइन्छ।[114]

अमेरिकी दुष्कृति कानून पनि खासगरी अंग्रेजी कमन ल (Common Law) पद्धतिबाट विकसित हुँदै पछिल्ला समयमा यसको दायरामा व्यापक विस्तार र सुधार गर्दै लैजाने क्रममा धेरै विषयहरु समेट्दै विकसित भई अभ्यासमा आएका छन्। विशेष गरी आधुनिक समाजमा अधिकारमुखी सरोकारको विषयमा सबैको चासो रहने हुँदा उपभोक्ता संरक्षणसँग सम्बन्धित कारोबार (Consumer Protection Related Transactions) र व्यक्तिको कर्तव्यलाई दुष्कृति कानूनसँग जोडेर नियमित र नियन्त्रण गर्ने कार्य राज्यको पनि प्राथमिकताको विषय बन्न पुगेको छ। त्यस्तै अमेरिकी संविधानद्वारा प्रत्याभूत नागरिक अधिकारको उल्लङ्घनबाट हानि नोकसानी हुने व्यक्तिले देवानी दायित्व र कर्तव्यसँग संलग्न भएका सरकारी अधिकारीहरु उपर समेत मुद्दा दायर गरी क्षतिपूर्ति माग गर्न सकिने गरी कानूनमा संशोधन र परिवर्तन भैरहेका छन्। यसलाई संवैधानिक कानून अन्तर्गतको नागरिक अधिकारमा दखल वा नोकसानी पुऱ्याएमा पीडितलाई संविधान र कानूनले परिकल्पना गरेको क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने अभ्यासको रुपमा लिइने गरेको छ।[115]

[111] Richard Azarnia, *Tort Law in France: A Cultural and Comparative Overview*, 13 WIS. INT'L L.J. 471 (1994- 1995).

[112] *M. C. Mehta v. Union of India,* 1987 SCR (1) 819, AIR 1987 965.

[113] *Jay Laxmi Salt Work pvt. Ltd v. State of Gujrat*, 1994 SCC (4) 1, JT 1994 (3) 492.

[114] *Foundation of Tort Law in Britain and India*, Sangramsingh. हेर्न सकिने *www.legalserviceindia.com*।

[115] WILLIAM BURNHAM, पूर्वपाद टिप्पणी, १।

नेपालको सन्दर्भमा हेर्दा वि.स. २०७४ सालको देवानी संहिताले पहिलो पटक कानूनतः दुष्कृतिसम्बन्धी व्यवस्था गरेको हुनाले यसका अवधारणालाई प्रयोग गर्ने काम पनि भएको थिएन। सम्भवतः न्याय र कानूनसँग सम्बन्धित क्षेत्रमा यसको अध्ययन र जानकारी नभएर होला यसको सिद्धान्तलाई प्रयोग गर्ने उदार अभ्यास पनि स्थापित हुन सकेको थिएन।[116] वि.सं. २०७५ साल भाद्र १ गतेबाट लागू भएको दुष्कृति कानूनको बारेमा आम नागरिकहरुलाई यसको प्रयोग गर्ने पक्षहरु र अदालतहरुलाई पनि यसका सिद्धान्त र दायराको बारेमा जानकारी हुने पर्याप्त प्रयासको अभावका कारण अझै पनि यसका बारेमा धेरै जानकारीहरू छ।

२. दुष्कृति कानूनको आधुनिक परिभाषा (Modern Understanding of Tort Law)

सामान्य अर्थमा बुझ्नु पर्दा कानूनले निषेध गरेको कार्य गरे अपराध हुन्छ भने नागरिकले आफ्नो कर्तव्य वा दायित्व पूरा नगरे दुष्कृति हुन्छ (Breach of law is Crime while breach of duty is Tort)। अपराधलाई फौजदारी कसूरको रुपमा सिङ्गो समाजविरुद्धको कार्य मानिन्छ भने देवानी दायित्व वा कर्तव्य पूरा नगरेको कारणले अर्को व्यक्तिलाई पर्ने असर र नोक्सानलाई दुषित काम वा दुष्कृति भनिन्छ। Gilbert Law Summaries मा दुस्कृतिबारे यसो भनिएको छ ... (tort is a wrongful injury, a private or civil wrong which is not a breach of contract. A tort is some action or conduct by the defendant to the plaintiff, which proximately causes injury or damage to the plaintiff. Torts may be intentional or negligent).[117] अमेरिकी कानूनमा दुष्कृतिलाई सामान्य देवानी कानूनको उल्लंघन (a violation of general civil law)[118] भनेर बुझिन्छ। तसर्थ दुष्कृतिलाई देवानी प्रकृतिको गलत कार्य मानिएकोले अरुको जिउ, ज्यान, शरीर वा ख्यातिमा हानि नोकसानी पुऱ्याएबापत क्षतिपूर्तिको दायित्व बहन गराउने कानूनी व्यवस्थाको रुपमा लिइन्छ।[119] तसर्थ हरेक नागरिकले आफ्नो अधिकारको प्रयोग र कर्तव्यको पालना गर्दा तथा सुविधाको उपभोग गर्दैगर्दा आफ्नो लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँको कारणले अर्को व्यक्तिको जिउ, ज्यान वा अधिकार र सुविधामा हानि नोकसानी वा क्षति पुग्न गएको खण्डमा त्यस्तो गल्ती गर्नेबाट क्षतिपूर्ति भराई लिन सक्ने देवानी कानूनको सिद्धान्तको रुपमा दुष्कृति कानूनको बुझाइका साथ विकास भएको छ। नेपालको नयाँ कानूनी व्यवस्थामा पनि देवानी दायित्व व्यहोर्नु पर्ने र पीडितलाई क्षतिपूर्ति भराउनुपर्ने मान्यतासहितको व्यवस्था दुष्कृति कानूनका सर्वमान्य सिद्धान्त अन्तर्गतका विषयहरु हुन्। मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ८ मा उल्लिखित गल्ती गर्नेले क्षति व्यहोर्नु पर्ने कुरा उल्लेख गर्दै हानि नोकसानी गरेमा त्यस्तो गल्ती गर्ने वा गराउनेले क्षतिको दायित्व व्यहोर्नु पर्नेछ भन्ने व्यवस्था देवानी दायित्व र माथवर जिम्मेवार

---

116 डा. राजेन्द्र कुमार आचार्य, दुष्कृति कानून (२०७४)।

117 Gilbert Law Summaries, Law Dictionary (Harcourt Brace Legal and Professional Publication Inc. USA, 1994).

118 MULTISTATE LEGAL STUDIES, TORTS LAW, (USA, 2006).

119 WILLIAM BURNHAM, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED SATTES (3rd ed., West Group Publication, 2002).

हुने (Tortious Liability and Vicarious Liability) सिद्धान्तलाई मान्यता दिएको छ।[120] त्यस्तै देवानी संहिताको दफा १४ मा कसैले देवानी दायित्वसम्बन्धी गल्ती गरेकोमा त्यस्तो गल्तीबाट हुने नोकसानीबाट उन्मुक्ति नपाउने भन्ने उपचारसम्बन्धी महत्त्वपूर्ण व्यवस्थाले अन्य प्रकृतिका गल्ती वा फौजदारी कारवाही हुनेमा पनि यदि देवानी दायित्वसँग जोडिएका गलत कार्यबाट हुन गएको नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति भराई लिन पाउने दुष्कृतिका सिद्धन्तलाई मान्यता दिएको छ।[121] तर दफा ६८३ ले भने केही अन्तरविरोधको अवस्था सृजना गरेको छ।

३. दुष्कृति कानून आकर्षित हुने क्षेत्रहरु (Scope of the Application of Tort Law)

कुन कुन विषय, क्षेत्र र कस्ता घटनामा दुष्कृति कानून आकर्षित हुन्छ वा लागू हुन्छ भन्ने विषय यसको प्रयोग र ब्याख्या गर्ने अदालतहरू, कानून ब्यबसायी र सार्वजनिक जिम्मेवारीहरुको लागि निकै महत्त्वपूर्ण मानिन्छ।तसर्थ खासगरी दुष्कृति कति प्रकारका हुन्छन् भन्ने कुराको जानकारीबाट यसको प्रयोग हुने दायरा र अन्तरसम्बन्ध रहने क्षेत्रहरु बुझ्न सजिलो पर्छ। तसर्थ दुष्कृतिका प्रकारहरु (Types of Torts) धेरै किसिमले वर्गीकरण गर्न सकिने भए तापनि मुख्य रुपमा देहायका प्रकारका दुष्कृतिहरु हुने गर्छन् भन्ने मान्यता र अभ्यास रहिआएको पाइन्छ। (१) मनसायपूर्वक गरिने दुष्कृतिजन्य कार्यहरु (Intentional Torts), (२) हेलचेत्र्याइँ र लापर्बाहीबाट हुने दुष्कृति (Tort of Negligence/Recklessness), (३) कठोर दायित्व व्यहोर्नु पर्ने प्रकृतिका दुष्कृतिजन्य कार्यहरु (Tort of Strict Liability) र (४) त्रुटिपूर्ण वस्तु वा सामग्री उत्पादन गरेबापतको दायित्व (Tort of Defective Products)। यसरी मूलतः माथि उल्लेख गरिएअनुसार चार प्रकारका दुष्कृति हुने भएकाले उल्लिखित क्षेत्र र प्रकृतिसँग सम्बन्ध वा सरोकार रहने विषयवस्तुहरु र कार्यहरु नै दुष्कृति कानून र यसका सिद्धान्तको दायराभित्र हेरिने र अभ्यास गरिने विषयवस्तुहरु हुन्।

यसै आधारमा खासगरी धेरै देशहरुले दुष्कृति कानून र यसका सिद्धान्तहरु समेत आकर्षित हुने निम्न विषय र क्षेत्रको रुपमा ग्रहण गरी यसको दायराभित्र समेटेका छन्।

- कुटपिट आक्रमण, हमला तथा गैरकानूनी रुपले थुन्ने छेक्ने कार्यहरु (Assault, Battery and False Imprisonment)
- लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइपूर्वक गरिने कार्यहरु (Negligence and Reckless Conduct)
- त्रुटिपूर्ण उत्पादनसम्बन्धी विषयहरु (Defective Products)
- वैयक्तिक गोपनीयता र गाली बेइज्जतीसम्बन्धी कार्य (Defamation and Invasion of Privacy)
- मानसिक चोट वा दिकदारी पुग्ने कार्य (Mental Shock and Emotional Distress)
- मुख्य व्यक्ति वा माथवर जिम्मेवार हुने कार्यहरु (Vicarious Liability)
- सार्वजनिक वा निजी बिज्याई (Private and Public Nuisance)

---

[120] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ८।

[121] ऐजन, दफा १४।

- सडक दुर्घटना गराउने कार्यहरु (Road Accidents)
- बदनियत वा लापर्बाहीपूर्वक इलाज गर्ने (Malicious and Negligence Medical Treatment)
- कठोर दायित्वको विषयहरु (Strict Liability)
- झुठा तथा भ्रमपूर्ण अभिव्यक्ति र झुक्यानमा पारेर गरिने कार्य (Misrepresentation and Deceit)

दुष्कृतिका उपयुक्त क्षेत्रहरूलाई यहाँ छोटकरीमा छुट्टाछुट्टै व्याख्या गरिएको छ।

३.१ कुटपिट आक्रमण, हमला तथा गैरकानूनी रुपले थुन्ने छेक्ने कार्यहरु (Assault, Battery and False Imprisonment)

कुनै व्यक्ति उपर हातपात गर्ने, धकेल्ने, कुटपिट गर्ने, आक्रमण गर्ने एवं हमला गर्ने जस्ता कार्यहरुलाई Assault and Battery भनिन्छ । कसैले पनि कुनै नागरिकलाई कानूनले अनुमति दिएको र अख्तियारी दिएको अवस्थामा बाहेक गैरकानूनी रुपले थुन्ने, छेक्ने र बन्धक बनाउने कार्यलाई False Imprisonment भनिन्छ र यस्ता कार्यहरु मनसायपूर्वक गरिने दुष्कृतिको दायरामा पर्ने गल्तीहरू मानिन्छन्। कुनै व्यक्तिप्रति लक्षित गरेर दखल वा चोट पुगोस् भनेर वा हानि नोकसानी पुग्न सक्छ भनेर जानीजानी गरिने कार्यहरुलाई दुःख हैरानी वा हानि नोकसानी पुऱ्याउने मनसायले गरेको गलत कार्य मानिन्छ। यस्ता मनसायपूर्वक गरिने दुष्कृतिमा (Intentional Torts) आक्रमण र हमला जस्ता कार्यहरु पर्दछन्। मनसायपूर्वक अरुको जिउ वा सम्पत्तिमा नोक्सान पुगोस् भनेर जानीबुझी आपत्तिजनक वा अस्वभाविक काम गरेको कारणले पुग्न जाने क्षतिप्रति गल्ती गर्नेलाई उन्मुक्ति नहुने हुँदा गरिने कार्यलाई दुष्कृति कानूनले एउटा मुख्य प्रकारको दुष्कार्य मानेको पाइन्छ। यस्ता कार्य अन्तर्गत आक्रामक किसिमको कार्य गरी अरुमाथि डरत्रास सिर्जना गर्ने कार्यलाई Assault र अरुमाथि हमला गर्ने, कुटपिट गर्ने कार्यलाई Battery भनिन्छ। मनासयपूर्वक गरिने दुष्कृतिको तेश्रो किसिममा कानूनी अख्तियारी र प्रक्रिया बेगर गैरकानूनी किसिमले छेकथुन गर्ने (False Imprisonment) जस्ता कामहरु दुष्कृतिको दायरामा पर्दछन्। नेपालको फौजदारी संहिता, २०७४ मा भएको कुटपिटसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था पनि मनसायपूर्वक गरिने दुष्कृतिको दायराभित्रको विषय हो।[122] उक्त संहितामा उल्लेख भएका प्रावधानअनुसार कुनै काम वा सेवा प्रदान गर्ने सिलसिलामा वा कर्तव्य भएका व्यक्तिले त्यस्तो काम वा सेवा प्रदान गर्दा लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँबाट चोटपटक वा अंगभंग हुने काम गर्न नहुने तथा कसैलाई बदनियतपूर्वक वा गैरकानूनी ढंगले थुनछेक गर्न नहुने भन्ने प्रष्ट व्यवस्था भैरहेकोले यस्ता कार्यबाट हुन जाने हानि नोकसानीको क्षतिपूर्ति भराई लिन पाउने कानूनी सिद्धान्त र आधार भनेको मनसायपूर्वक गरिने दुष्कृति हो।[123] यस्तो कार्यबाट कसैलाई गम्भीर चोट पुगेमा वा अंगभंग भएमा फौजदारी प्रकृतिको कसूर मानिने र सोही अनुसार कारवाही गरिने प्रावधान रहनुले दुष्कृति कानूनको सिद्धान्त अन्तर्गत हेरिने आपराधिक आक्रमण Criminal Battery गरेको मानिने कार्य हो । त्यसैले मुलुकी फौजदारी संहितामा कसैले कुटपिट गरी शारीरिक पीडा दिन नहुने, हेलचेत्र्याइ

---

122 मुलुकी अपराध संहिता, २०७४, दफा १९१।

123 ऐजन, दफा २००।

वा लापर्बाही गरी कुटपिट वा अंगभंग गर्न नहुने कुरा दुष्कृति कानूनले परिकल्पना गरेको Criminal Battery and Criminal Negligence को दायराभित्र हेरिने विषयहरु हुन्।[124] फौजदारी संहिताको दफा २०० मा कुनै व्यक्तिलाई कानूनी अख्तियारी र प्रक्रिया बिना थुनामा राख्न वा थुनछेक गर्न हुँदैन भनी गरेको व्यवस्था र दफा २१२ मा शरीर बन्धक राख्न नहुने भन्ने कानूनी व्यवस्थाहरु दुष्कृति अन्तर्गत (False arrest and false Imprisonment) मनसायपूर्वक गरिएका दुष्कृतिजन्य कार्यका रुपमा हेरिने विषयहरु हुन्।[125] त्यस्तौ दफा २०० अनुसार यस्ता कार्य गरेको कारणबाट पीडितलाई पुग्न गएको हानि नोकसानीको कानूनी उपचारको लागि फौजदारी अपराध मात्र नभएर देवानी दायित्व अन्तर्गत क्षतिपूर्ति दिन सकिने, दिन मिल्ने र त्यस्तो उपचार दिनुपर्ने व्यवस्था गरिनुले पनि यस्ता कार्यहरु दुष्कृति कानून र यसको सिद्धान्त अन्तर्गत हेर्न सकिने विषय हुन आएका छन्।[126]

३.२ लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँपूर्वक गरिने कार्यहरु (Negligence and Reckless Conduct)

दुष्कृति कानून अन्तर्गत अभ्यास गरिने सर्वाधिक महत्त्वको सिद्धान्त भनेको लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँ (Negligence/Recklessness) सम्बन्धी कार्यहरु हुन्। लापर्बाही र हेलचेत्र्याइँमा सामान्य फरक अर्थ दिने कुरा हुन् तथापि यी दुवै शब्दलाई प्रायः लापर्बाही (Negligence) कै रुपमा अध्ययन गरिने र बुझिने गरिन्छ। दुष्कृति कानूनको आधारमा क्षतिपूर्तिको लागि माग गरिने हरेक दावीमा लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँ तत्वको परीक्षण र प्रयोगलाई महत्त्वपूर्ण रुपमा लिने गरिन्छ। H L A Hart द्वारा लिखित Negligence, Means Rea And Criminal Responsibility पुस्तकमा "मानिसका फरक र समान आचरणको परिणाम हेलचेत्र्याइँ हुने भएकोले यस्तो काम गर्नेले सम्भावित घटनाबाट जोगिने र छल्ने होसियारी वा इच्छा राख्दैन भन्ने धारणा राखेका छन्।"[127] अमेरिकी दुष्कृति कानूनमा हेल्चेत्र्याइँ वा लापर्बाहीलाई Negligence is a conduct that falls below the standard established by law for the protection of others against unreasonable risk of harm and that does not include reckless conduct भनिएको छ।[128] लापर्बाही (Negligence) को कारणबाट दुष्कृतिजन्य कार्य भएको कुरा स्थापित गर्नको लागि (अ) अरुप्रति वा (प्रतिवादी) होसियारी हुनुपर्ने कर्तव्य रहेको हुनुपर्ने (A duty owed to defendant) (आ) त्यस्तो कर्तव्यको उल्लङ्घन भएको हुनुपर्ने (Breach of that duty) (इ) सोही जरियाबाट वा कर्तव्य उल्लङ्घन गरेको कारणले घटना भएको हुनुपर्ने (Causation) र (ई) दावी गर्नेलाई सोही घटनाको कारणले क्षति पुगेको पुष्टि गर्नुपर्ने (Damage or injury to the defendant) जस्ता मूलभूत तत्व र तथ्यहरु स्थापित (Requiring elements to establish Negligent conduct) हुनुपर्छ भन्ने दुष्कृतिसम्बन्धी विधिशास्त्रीय मान्यता रहेको पाइन्छ।[129] आफूले

---

124 ऐजन, दफा २९१ र १९५।

125 ऐजन, दफा २००।

126 ऐजन, दफा २०४।

127 ऐजन।

128 Restatement of the law Second, Torts, Sec. 282, The American law Institute.

129 MULTISTATE LEGAL STUDIES, पूर्वपाद टिप्पणी, १२।

गर्ने हरेक काम कारोवारमा होसियारी पुऱ्याउनु पर्ने न्यूनतम मापदण्डभन्दा तल्लो स्तरको काम (Performance of a duty that falls below the standard of law) कारणबाट हुन गएको परिणाम लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइ हो भन्ने अवाधारणालाई दुष्कृति कानूनमा स्थापित गरिएको छ। मानिसका काम कारोबारमा गरिने लापर्बाही र हेलचेत्र्याइँलाई कहिलेदेखि दुष्कृतिको दायरामा राखेर क्षतिपूर्तिको दायित्व व्यहोर्नु पर्ने कानूनी अवधारणको विकासको इतिहास हेर्दा बेलायतको १९३२ को *Donoghue v. Stevenson* को प्रसिद्ध मुद्दामा भएको विवेचनालाई लापर्बाहीको सिद्धान्त (Doctrine of Negligence) को विकासको आधार मानिन्छ।[130] यो मुद्दामा लन्डनको Paisley भन्ने ठाउँको एक क्याफेमा (रेस्टुराँ) किनेको जिंजर बियर साथीसँग बसेर पिउने क्रममा बियरको बोतल भित्र एउटा मरेको शंखे किरा देखिन्छ र सोही कारणले बिरामी परेकोले सो विषयमा पीडित ग्राहकले क्षतिपूर्तिको लागि उजुर गर्छिन्। मूलतः सो घटनामा उत्पादकले उपभोक्ताहरूको उपभोगको निमित्त कुनै वस्तु उत्पादन गर्दछ भने त्यस्तो उत्पादित वस्तुको उपभोग गर्ने सेवाग्राहीलाई पर्न सक्ने असर देख्नुपर्छ। यदि सो विषयमा गम्भीर ध्यान नपुगेमा लापर्बाही (Negligence) गरेको ठहर्छ भन्ने विवेचना गरियो।[131] आफूले उत्पादन गरेको उपभोग्य वस्तुबाट उपभोक्ता र सेवाग्राहीको जिउ ज्यानलाई खराब गर्ने वा हानि नोकसानी हुन नदिन उच्च स्तरको होसियारी अपनाउनु पर्ने कर्तव्य त्यस्ता उत्पादक कम्पनीको हुन जान्छ भन्ने एक ऐतिहासिक न्यायिक टिप्पणी गरियो।

लापर्बाही (Negligence) वा हेलचेत्र्याइँको दायरा कहाँसम्म हुन सक्छ वा हुनुपर्छ (Scope of foreseeability) भन्ने कुराको व्याख्या अमेरिकी दुष्कृति कानूनको इतिहासमा *Palsgraf v. New York Long Island Rail Road Company* को प्रख्यात मुद्दामा Cardozo Doctrine[132] भनिने न्यायिक विवेचनालाई महत्त्वपूर्ण रुपमा लिइन्छ। यो सिद्धान्तअनुसार आफूले गर्ने काम, कारोवार वा व्यवसायको कर्तव्य निर्वाह गर्दा खतराको क्षेत्र Zone of danger भित्र रहेका व्यक्तिहरुको जिउ, ज्यान, सरोकार र सुरक्षाप्रति सजग र सचेत रहनुपर्छ भनेर विस्तृत विवेचना गरिएको छ। Zone of Danger Theory भन्ने सिद्धान्तबाट चिनिने यो मुद्दामा खतराको क्षेत्रभित्र (Foreseeable Zone of Danger) रहेका र रहन सक्छन् भनेर प्रष्ट अनुमान गर्नुपर्ने व्यक्तिहरुप्रति हुने सबै खालको दुष्कृतिजन्य कार्यहरुमा यो सिद्धान्त लागू हुने र क्षतिपूर्तिको दायित्व वहन गर्नुपर्ने हुन्छ भन्ने अभ्यास भएको पाइन्छ।

(क) लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँका प्रकारहरु

लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँबाट हुने दुष्कृति कुन कारणका आधारमा घटित भएका छन् त्यसका आधारमा तिनीहरूको प्रकृतिअनुसार छुट्याउन सकिन्छ। त्यस अनुसार तीन प्रकारका दुष्कृतिजन्य काम मानिन्छ। (१) कसको लापर्बाहीले गर्दा घटना घटेको हो भनेर हेरिने सिद्धान्त (Contributory Negligence), (२) कुन पक्षको लापर्बाही बढी छ भनेर परीक्षण गरिने तुलनात्मक लापर्बाहीको सिद्धान्त (Comparative

---

130 *Donoghue v Stevenson* A.C. 562, UKHL 100, 1932.

131 ऐजन।

132 *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.,* 248 N.Y. 339, 162 N.E. *99* (192*8*).

Negligence) र (३) जसको जति मात्रामा गल्ती छ त्यति नै क्षतिपूर्ति व्यहोर्नुपर्छ भन्ने पूर्ण तुलनात्मक सिद्धान्त (Pure Comparative Negligence)।

लापर्बाहीका उपरोक्त किसिमहरुको आधारमा क्षतिपूर्तिको निर्धारण गरिने पद्धति हरेक देश र राज्यले मिश्रित रुपको अथवा दुवै सिद्धान्त लागू हुन सक्ने व्यवस्था गरेका छन्। तथापि आधुनिक पद्धतिको रुपमा भने पूर्ण तुलनात्मक सिद्धान्तलाई अङ्गीकार गरिरहेका छन्।

३.३ सडक दुर्घटना र गलत कार्यले गर्दा मृत्युसम्बन्धी विषयहरु (Road Accidents and Wrongful Death Action)

हेलचेत्र्याइँको कारण सडक दुर्घटनाबाट पीडितले क्षतिपूर्तिको दावी गर्न सकिने विषयहरू रहेका छन्। देवानी संहिताले पनि यो व्यवस्थालाई आत्मसात गरेको छ। सडक दुर्घटना र सवारी ज्यानसम्बन्धी कार्यहरु दुष्कृति कानून अन्तर्गत पर्दछन्। सवारी दुर्घटना वा सडक दुर्घटनाका घटनाहरुलाई नियमित र नियन्त्रित गर्न सवारी यातायातसम्बन्धी विशेष ऐनहरु गरेका छन्। नेपालमा पनि सवारी तथा यातायात व्यवस्था ऐन अन्तर्गत यसको व्यवस्था गरिएको छ। २०७५ साल पहिले जुनबेला नेपालमा दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था थिएन त्यसबेला सडक दुर्घटना वा सवारी दुर्घटनासम्बन्धी मुद्दामा सवारी ऐन अन्तर्गत नै मुद्दाहरुको निरुपण गरिदै आएकोमा अब यस्ता सडक दुर्घटनासम्बन्धी मुद्दाहरुमा सवारी ऐन मात्र नभएर दुष्कृति कानून पनि आकर्षित हुन्छ। संसारका धेरै मुलुकहरुले अभ्यास गरिआएको सवारी दुर्घटना वा सडक दुर्घटनासम्बन्धी मुद्दामा दुष्कृति कानूनका सिद्धान्त र प्रावधानसमेत प्रयोग गरेर Wrongful death action of criminal negligence को सिद्धान्त अन्तर्गत क्षतिपूर्ति निर्धारण गरिने अभ्यास रहेको छ। नेपालमा हुने सडक दुर्घटना वा सवारी दुर्घटनासम्बन्धी मुद्दामा सवारी ऐनसम्बन्धी फौजदारी मुद्दामा मात्र सीमित हुनुपर्ने स्थिति छैन। क्षतिपूर्तिको माग र भरिभराउको दाबीमा फौजदारी जरियाबाट उठेकै मुद्दामा पनि अधिकार प्राप्त अदालतहरुले दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी सिद्धान्त र प्रावधानको उदार प्रयोग गर्नुपर्छ। यस सम्बन्धमा देवानी संहिताको दफा १४ ले समेत न्यायकर्तालाई निर्देशित गरेको छ।[133] सडक दुर्घटना वा सवारी दुर्घटनाबाट जिउ ज्यानमा कुनै क्षति भएको अवस्थामा सवारी ऐन अन्तर्गत फौजदारी मुद्दा दायर हुन सक्ने अवस्था एकातिर छ भने अर्कोतिर मुलुकी अपराध संहिताको दफा १८१ लापर्बाहीपूर्ण काम गरी ज्यान मार्न नहुने र दफा १८२ मा हेलचेत्र्याइ गरी ज्यान मार्न नहुने व्यवस्था (Negligence and Reckless Killing) भन्ने दुष्कृति कानूनको विधिशास्त्रीय अबधारणलाई समेटिएको अवस्था छ। जुन कुरालाई अदालतले विवेचना गरि लागू गर्नुपर्ने देखिन्छ। यसैगरी मुलुकी अपराध संहिताको दफा १८६ अन्तर्गत पीडितलाई क्षतिपूर्ति भराई दिनुपर्ने थप व्यवस्थाले सडक दुर्घटनासम्बन्धी घटनाहरु दुष्कृत कानूनको क्षेत्र र दायराभित्र समेत पर्ने देखिन्छ।[134] सवारी चालकको लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँले दुर्घटनामा परेर कसैको मृत्यु भएको अवस्थामा मृतकको हकवालालाई क्षतिपूर्ति भराई दिन सकिने भन्ने प्रावधान दुष्कृत कानून

---

[133] मुलुकी देवानी संहिता २०७४, दफा १४।

[134] मुलुकी अपराध संहिता २०७४, दफा १८६।

अन्तर्गत अभ्यास गरिने दोषयुक्त कार्यबाट मृत्यु भएबापत कारवाही गर्न पाउने (Wrongful death action under Tort Law) व्यवस्था हो। मुलुकी अपराध संहिताको दफा २३१ र २३२ ले बदनियतपूर्वक वा लापर्बाहीपूर्वक इलाज गर्ने काम दुष्कृति कानून अन्तर्गत Medical Negligence को दायराभित्र पर्दछ भनी व्यवस्था गरेको छ।[135] त्यस्तै मुलुकी अपराध संहिताको दफा २३३ मा मन्जुरी बिना मानव शरीर परीक्षण गर्न नहुने भनी गरेको व्यवस्था शरीरमा दखल वा आक्रमण गरेको मानिने दुष्कृतिको Battery भनेर बुझिने कार्य हो।[136] दफा २३५ ले गरेको औषधिमा मिसावट गर्न नहुने भन्ने व्यवस्था Criminal Battery हो। यी विषयहरु फौजदारी कसूरजन्य कार्य मानिनुका साथै दुष्कृति कानून अन्तर्गत हेरिने देवानी विषय पनि हुन् भन्ने कुरा ऐनको दफा २३९ ले यस्ता कार्यबाट नोकसानी पुगेका पीडितलाई क्षतिपूर्ति भराई दिनुपर्छ भनेर गरेको व्यवस्थाले प्रष्ट पुष्टि गरेको छ।[137] दुष्कृति कानून अन्तर्गत अरुको घर जग्गामा अनिधिकृत प्रवेश गर्ने र अरुको समान वा वस्तुमा दखल पुग्ने वा बिगार्ने काम गर्ने नहुने जस्ता Trespass to Land and Trespass to Chattel जस्ता अवधारणाहरुलाई नेपालको संहितामा पनि समाबेश गरिएको छ। अरुको आवासमा अधिकार बिना प्रवेश गरेमा गैरकानूनी प्रवेश गरेको (Trespass to Property) मानिने र त्यसबाट पर्न गएको कुनै पनि प्रकारको हानि नोकसानीको क्षति व्यहोर्नु पर्ने व्यवस्थालाई नेपालको फौजदारी अपराध संहितामा पनि समावेश गरिएको छ।[१३८] अपराध संहिताको दफा ११६ र ११७ को पशुपंक्षी राख्दा लापर्बाही गर्न नहुने र छाडा छोडन नहुने भन्ने वस्तुहरुको अनधिकृत प्रवेशसम्बन्धी व्यवस्था दुष्कृति कानूनको Trespassing सिद्धान्त हो।[139]

३.४ व्यक्तिको निजी वा सार्वजनिक सुविधा र हितमा दखल पार्ने कार्यहरु (Nuisance)

दुष्कृतिसम्बन्धी सिद्धान्त र प्रावधान आकर्षित हुने अर्को क्षेत्र अन्तर्गत व्यक्तिको निजी वा सार्वजनिक सुविधा र हितमा दखल पार्ने कार्यहरु पनि पर्दछन्। कुनै व्यक्ति निजी वा सार्वजनिक सुविधा, स्वास्थ्य तथा हितमा प्रतिकूल असर पर्न जाने क्रियाकलापहरु उपर दखल पर्नु हुँदैन भन्ने मान्यता दुष्कृतिको सिद्धान्तमा आधारित छ। यसलाई बिज्याईं भनिन्छ र यस्ता कार्यहरु व्यक्तिगत र सार्वजनिक गरी दुई प्रकारका हुन्छन्। (१) व्यक्तिको सुविधा र हकमा दखल पार्ने (Private Nuisance) र (२) सार्वजनिक हित र सुविधामा दखल पार्ने कार्य (Public Nuisance)। दोस्रो प्रकृतिको दखललाई Unreasonable interference with public rights and welfare or Interfere with the public comfort and convenience समेत[140] भनिन्छ। नेपालको देवानी संहितामा नागरिक कर्तव्य, दायित्व र सुविधाहरुसम्बन्धी प्रावधानहरु पनि दुष्कृति विधिशास्त्रमा आधारित छन्। यसको उल्लङ्घन भएमा दण्ड वा जरिवाना नभएर क्षतिपूर्तिको उपचार

---

[135] ऐजन, दफा २३१ र २३२।

[136] ऐजन, दफा २३३।

[137] ऐजन, दफा २३९।

[138] ऐजन, दफा ३०२।

[139] ऐजन, दफा ११६ र ११७।

[140] *Wandsworth LBC v Rail Track Plc* [2001] 1 WLR 368.

सिफारिश गरेको पाइन्छ। देवानी कानूनका सामान्य सिद्धान्तहरुको रुपमा परिच्छेद २ अन्तर्गत वर्णित व्यवस्थामा कसैले पनि सार्वजनिक हित विपरीतका कार्य गर्न नहुने भन्ने व्यवस्था दुष्कृतिको सार्वजनिक बिज्याईं र लापर्बाही गर्न नहुने (Principle of Public Nuisance and Negligence and Unreasonable Interference) भन्ने सिद्धान्तमा आधारित दुष्कृतिको मान्यता हो। फौजदारी अपराध संहितामा यस्ता निजी र सार्वजनिक बिज्याईंसम्बन्धी सिद्धान्तलाई स्वीकार गर्दै अभद्र व्यवहार गर्न नहुने भनी सार्वजनिक सुविधा र मर्यादा उल्लङ्घन गर्न निषेध गरेको पाइन्छ भने सार्वजनिक स्थलमा उपद्रो गर्न बर्जित गरेको व्यवस्थाहरु दुष्कृतिको Private and Public Nuisance and Public Disorder को सिद्धान्तसँग जोडिएका विषयहरु हुन्।[141] फौजदारी संहितामा गरिएको वातावरण प्रदूषित पर्न नहुने तथा सार्वजनिक बाटो, नदी वा स्थानहरुमा खतरा वा बाधा पुऱ्याउन नहुने भन्ने वर्तमान व्यवस्थाहरु सार्वजनिक हित र सुविधा कायम गर्नको लागि गरिएको दुष्कृतिको बिज्याईं (Private Nuisance and Public Nuisance) सम्बन्धी सिद्धान्तमा आधारित मान्यता हुन्।[142]

३.५ गाली तथा बेइज्जतीविरुद्धको दुष्कृति (Tort of Defamation)

हरेक देशका नागरिकहरुको इज्जत प्रतिष्ठाको संरक्षण संविधान र ऐन कानूनले प्रत्याभूत गरेको हुन्छ। नागरिक कानूनले नियमित र नियन्त्रण गरी कानूनी उपचार प्राप्त हुने व्यवस्था पनि दुष्कृति कानून अन्तर्गत हेरिने विषय हो। गाली तथा बेइज्जतीको विषयलाई यूरोपमा मानव अधिकारको European Convention of Human Rights विषयसँग जोडेर पनि हेरिन्छ। निष्पक्ष आलोचना र इमान्दारीपूर्वक राखिएका विचार तथा सत्य तथ्यहरु ब्यक्त गर्न पाउने हक र सुविधाका विषयहरु गाली बेइज्जतीको दायरामा पर्दैनन्। तथापि प्रजातान्त्रिक समाजमा केही मर्यादा र बन्देजहरुद्वारा अरुको ख्याति र अधिकारको संरक्षण गरिएको हुन्छ।[143] दुष्कृति अन्तर्गत गाली बेइज्जतीमा क्षतिपूर्तिको दावी गर्ने र त्यसको उपचार खोजी गर्ने चलन र प्रक्रियाहरु पनि हरेक देशको कानूनअनुसार फरक रहेको पाइन्छ। हरेक व्यक्तिलाई आफ्नो इज्जत, प्रतिष्ठाको प्रत्याभूति संविधानले गरेको हुन्छ र यस्तो हकमा आघात भएमा संवैधानिक दुष्कृति मानिने हुँदा कानूनले त्यसको क्षतिपूर्तिको व्यवस्था गरेको हुन्छ। तसर्थ अरुको मान, प्रतिष्ठा, इज्जत र मर्यादामा आघात पुऱ्याउने नियतले गर्ने अभिव्यक्ति र प्रकाशनबाट पुग्न जाने नोकसानीलाई संवैधानिक संरक्षण गरेर मात्रै पर्याप्त नहुने हुँदा क्षतिपूर्तिको आर्थिक दावी समेत गर्न पाउने कानूनी सिद्धान्तलाई दुष्कृति कानूनले स्थापित गरेको छ। गाली बेइज्जतीको दावी स्थापित हुनको लागि मूलतः देहायका कुराहरु प्रमाणित हुनुपर्छ। (१) बेइज्जतीपूर्ण भाषाको प्रयोग भएको (Defamatory language), (२) अर्को कुनै व्यक्तिको बारेमा लेखिएको वा बोलिएको (Written or expression of the concern of another person), (३) त्यस्तो अभिव्यक्तिको प्रकाशन तेश्रो व्यक्ति वा व्यक्तिहरुको जानकारीमा आएको (Communication to third person) र (४) त्यस्तो प्रकाशनबाट प्रतिष्ठा वा मर्यादामा नोकसानी पुगेको (Damages) हुनुपर्छ। गाली वा

141 मुलुकी देवानी संहिता २०७४, दफा ११८ र ११९।

142 मुलुकी अपराध संहिता २०७४, दफा ११२ र ११३।

143 European Convention of Human Rights, Art. 10.

बेइज्जती गरिने तरिका खासगरी दुई प्रकारकाबाट हुने गर्छ भन्ने मान्यता रहेको छ। (क) अर्को व्यक्तिको विरुद्धमा कुनै कुरा लेखेर वा प्रकाशन गरेर हुने कार्यहरु (Libel) र (ख) मौखिक अभिव्यक्तिद्वारा वा बोलेर गरिने गाली बेइज्जतीपूर्ण कार्यहरु (Slander)। गाली बेइज्जतीपूर्ण कार्यहरु उल्लिखित दुई प्रकारबाट गरिन्छ भन्ने मान्यता रहिआएको छ। यी दुवै प्रकारका कार्यहरु व्यक्तिका निजी गोपनीयता र प्रतिष्ठाको संरक्षणको लागि प्रत्याभूत गरिएका विषयहरु हुन्। यस्ता कार्यबाट व्यक्तिको मर्यादा, मान प्रतिष्ठा वा इज्जत तथा चरित्रमा आघात पुग्न गएको अवस्थामा पीडितले विशेष क्षति वा नोकसानी भएको तथ्य स्थापित गरेर दावी गरेमा अदालतले क्षतिपूर्ति दिलाउने गर्दछ।

यसै सन्दर्भमा सन् १९६४ मा *New York v. Sullivan* को प्रसिद्ध मुद्दामा अमेरिकामा सार्वजनिक पदमा रहेका व्यक्तिका विरुद्धमा सार्वजनिक सरोकारको विषयमा प्रकट गरिने अभिव्यक्ति वा प्रकाशनको हकमा आफूलाई बेइज्जती वा गाली गर्ने काम भएकोले प्रतिष्ठामा आँच आउने कार्य भएको पुष्टि गर्नको लागि त्यस्ता अभिव्यक्तिहरुको तथ्य झुटा हुन् भनि जानी जानी Knowledge of falsity र दुराशय राखी गरेको Publication with malice भन्ने प्रमाणित गर्नुपर्ने मान्यता स्वीकार गरियो। संविधानको पहिलो संशोधनले संरक्षित गरेको अभिव्यक्तिको स्वतन्त्रताको हकमा आम नागरिकको तुलनामा सार्वजनिक ओहोदा वा जिम्मेवारीमा रहेका व्यक्तिहरुको काम कारोवार, व्यवहार र चरित्रको बारेमा नागरिकले खुलेर बोल्न र अभिव्यक्त गर्ने हक फराकिलो हुन्छ भनि विवेचना गरिएको छ।[144] यस्ता गाली बेइज्जतीपूर्ण काम गरेको हो भन्ने प्रमाणित गर्ने प्रक्रियामा गाली वा बेइज्जतीपूर्ण भाषाको प्रयोग भएको छ भन्ने पुष्टि गर्न अन्य तथ्यहरु सान्दर्भिक हुने अवस्था छ। कसैले कुनै व्यक्ति उपर अपमान, गाली वा बेइज्जती गरेको छ भन्ने कुरा स्थापित गर्नको लागि सम्बन्धित बाहिरी प्रमाणबाट त्यस्तो तथ्यलाई प्रमाणित गर्ने सिद्धान्तलाई अनुमति र मान्यता दिइने अभ्यास छ जसलाई Colloquium Principle भनिन्छ। यस अन्तर्गत त्यस्तो भाषा वा आचरणलाई सुनेर, पढेर, वा भनेर हेर्दा प्रतिवादीले बेइज्जती गरेको हो वा होइन भन्ने एकिन गर्न प्रयोग गरिने Colloquium को प्रक्रिया अपनाइन्छ।

नेपालको सन्दर्भमा गाली बेइज्जतीसम्बन्धी कानूनी व्यबस्थालाई हेर्दा मुलुकी देवानी संहिताको दफा २१ मा कुनै पनि नागरिकको वैयक्तिक गोपनीयताको अतिक्रमण गर्न वा दखल गर्न नहुने भन्ने (Invasion of Privacy) को कुरा उलेख गरेको छ। गोपनीयताको अधिकारको व्यवस्था र मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ९ मा अरुलाई दुःख हैरानी दिने काम गर्न नहुने, इज्जत प्रतिष्ठामा वा सम्पत्तिमा क्षति पुग्ने काम गर्न नहुने (Defamation and unreasonable interference with the health, safety and comfort of others) भन्ने देवानी दायित्वको सिद्धान्तलाई पनि देवानी संहितामा समेटेको अवस्था छ।[145] यसैगरी संहिताको दफा १३ मा असल छिमेकीपन कायम गर्नुपर्ने कर्तव्य तोकिनुले व्यक्तिगत बिज्याई गर्न नहुने र अनुचित हस्तक्षेपकारी क्रियाकलापहरु गर्न नहुने (Prohibition of Private Nuisance and keeping a good

---

[144] *New York Times Co. V. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

[145] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ९।

neighbourhood) भन्ने व्यवस्था हो।[146] यसका अतिरिक्त फौजदारी अपराध संहिता, २०७४ को दफा ३९३ देखि दफा ३०७ सम्म उल्लेख गरिएका गाली बेइज्जतीसम्बन्धी कसुर र त्यस्तो गरेमा सजाय र जरिवानाको साथै क्षतिपूर्तिसमेत भराई लिन पाइने जुन प्रावधान रहेको छ यसलाई दुष्कृति कानूनको दायरामा पनि हेर्नुपर्ने हुन्छ। यसबाट के प्रष्ट हुन्छ भने दुष्कृति कानून लागू हुने दायरा र क्षेत्रको बारेमा जसरी व्यक्तिगत गोपनीयताको विषयमा (In the matter of Privacy) दुष्कृति कानून अन्तर्गत क्षतिपूर्तिको दावी गर्न पाइने उल्लेख गरियो सोही कुरालाई नेपालको कानूनमा पनि समावेश गरी क्षतिपूर्तिको व्यवस्था गरेको पाइन्छ।[147]

३.६ त्रुटिपूर्ण उत्पादनसम्बन्धी दायित्व (Defective Product liability)

दुष्कृति कानूनको दायारा बिस्तारै फराकिलो हुँदै जाने क्रममा त्रुटिपूर्ण उत्पादनबापत (Tort Law) हानिकारक वा त्रुटिपूर्ण उत्पादनको लागि पनि क्षतिपूर्ति भराई लिन पाउने व्यवस्था कानूनको दायरामा राखेर साँघुरो पार्ने तर्फ जोड दिदै आएको तथ्य *Murphy v Brent Wood,* 1990 को मुद्दाबाट स्थापित हुँदै आएको छ। मानिसले प्रयोग र उपभोग गर्ने वस्तु वा सेवा जे होस् त्यसको उत्पादन, निर्माण वा डिजाइनमा खोट रहेको कारणले त्यस्तो वस्तु, समान वा सेवाको प्रयोग गर्ने ग्राहक वा उपभोक्तालाई हुन गएको नोक्सानको लागि त्यस्ता उत्पादक, सेवा प्रदायक वा निर्माण गर्ने व्यक्ति, कम्पनी, कारखाना र उद्योगले नोकसानीको दायित्व व्यहोर्नु पर्ने गरी क्षतिपूर्तिको कानूनी उपचार उपलब्ध हुन्छ भन्ने विषय दुष्कृति कानूनको आधुनिक विकासको महत्त्वपूर्ण विधाको रुपमा देखापरेको छ। त्रुटिपूर्ण उत्पादनको सम्बन्धमा उपभोग्य सामान, वस्तुको उत्पादन र बिक्री जस्ता विषयहरु व्यापक रुपमा समेटिएका हुन्छन्। यदि उत्पादक र उपभोक्ताबीच कुनै सिधा सम्झौता छैन (Even in the absence of privity of contract) भने पनि त्रुटिपूर्ण उत्पादनबाट हुने हानि नोकसानीको उत्पादकले कठोर दायित्वको सिद्धान्तअनुसार क्षतिपूर्ति व्यहोर्नु पर्छ भन्ने मान्य स्थापित भएपछि कानूनमा धेरै सुधार हुँदै आएको पाइन्छ।[148] उत्पादक र उपभोग गर्ने उपभोक्ताबीच कुनै करार नहुँदा नहुँदै पनि यदि त्रुटिपूर्ण समान वा वस्तुको प्रयोगको कारणले उपभोक्तालाई हानि पुग्छ भने उपचार प्राप्त हुन्छ भन्ने दुष्कृति कानूनको कठोर दायित्व वा पूरा दायित्व (Strict liability or absolute liability) सम्बन्धी अवधारणा बलियो हुँदै गएको छ। यही अवधारणाको विकासको क्रममा बेलायतलगायतका देशले उपभोक्ता संरक्षण ऐनमा पनि दुष्कृतिको सिद्धान्तसँग अन्तरसम्बन्ध रहने गरी उपचारको व्यवस्थाहरु गरेको छ।[149] नेपालको हकमा पनि नागरिकको स्वास्थ्यको महत्त्वलाई संविधान र कानूनले उच्च प्राथमिकतामा राखेको हुनाले नागरिकले उपभोग गर्ने सामानको उत्पादन, प्रशोधनमा बिशेष ध्यान दिनुपर्ने व्यवस्थासहित उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ प्रचलनमा छ। तथापि यो ऐनले त्रुटिपूर्ण उत्पादनबापत कठोर दायित्व सृजना हुन्छ वा हुँदैन भन्ने विषयमा

---

146 ऐजन, दफा १३।

147 ऐजन, दफा २१।

148 The Sale of Goods Act, 1979.

149 Consumer Protection Act, 1987.

स्पष्ट गरेको छैन। त्रुटिपूर्ण उत्पादन (Defective Product) को सम्बन्धमा देवानी संहिताअनुसार दुष्कृति कानूनले परिकल्पना गरेका सबै सिद्धान्तहरु समावेश गरी क्षतिपूर्तिको व्यवस्था भएबाट यो विषय पनि दुष्कृतिको दायराभित्र हेरिने विषय रहेको छ।

दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनका मुख्य सिद्धान्तहरुमध्ये देवानी संहितामा समावेश त्रुटिपूर्ण उत्पादन (Defective Product) पनि एक हो। त्रुटिपूर्ण उत्पादन (Defective Product) अन्तर्गत उपभोक्ताबाट उपभोग गरिने कुनै पनि सामग्रीको उत्पादन गर्दा उपभोक्तालाई हानि नोकसानी हुन सक्ने त्रुटिपूर्ण तरिकाले निर्माण, उत्पादन र डिजाइन गरेका वस्तु उपभोक्ताले प्रयोग गरेको नोकसानी हुन गएमा त्यस्तो उत्पादक र विक्रेताहरुलाई जवाफदेही बनाई उपभोक्ताले क्षतीपूर्ति भराई लिन पाउने नयाँ व्यवस्था कानूनी व्यवस्था विकास भैरहेको छ। यस विषयलाई क्षतिपूर्तिको उपचारमा दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनका सिद्धान्तको आडमा प्रयोग गरिन्छ। यो विषय खासगरी उपभोक्ताहरुको हितसँग सरोकार राख्ने भएकोले उपभोक्ता संरक्षण ऐनको वर्खिलाप हुने वस्तु वा समानको उत्पादन र वितरणबाट उपभोक्तालाई हानि नोकसानी भएमा क्षतिपूर्तिको दावीमा दुष्कृति कानून आकर्षित हुने देखिन्छ। त्रुटिपूर्ण उत्पादन (Defective Products/ strict liability) र वारेन्टी (प्रतिज्ञा) (Warranty) निरपेक्ष दायित्व अन्तर्गतका विषयहरुमा वारेन्टी पनि रहेको छ र यो बिशेष गरेर सामान खरिद बिक्री वा वस्तु खरिद बिक्रीको सन्दर्भमा प्रयोग हुने गर्छ। वारेन्टीसम्बन्धी नियमको विकास खासगरी करारको सिद्धान्तसँग सम्बन्ध राख्दछ र यसलाई Privity of Contract को सिद्धान्त अन्तर्गत अध्ययन गरिने हुँदा यसका कतिपय अवधरणाहरु त्रुटिपूर्ण उत्पादनको सन्दर्भमा समेत लागू हुन्छन्। त्यसैले गर्दा उपभोग गर्ने र प्रयोग गर्ने उत्पादित समानहरुमा त्रुटि कमजोरी छैन र त्यस्तो रहेछ भने सोको सोधभर्ना वा मर्मत गर्ने प्रतिज्ञासहितको सूचना (Warranty) उल्लेख गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको हुन्छ। त्रुटिपूर्ण उत्पादन गरिएका वस्तु ठिक छन् सुरक्षित छन् भनेर बिक्री बितरण गरियो भने गलत प्रचार वा प्रस्तुति (Misrepresentation) मानिन्छ। त्यसबाट उत्पादकले जानकारी हुँदाहुँदै झुक्याएको मानिने हुँदा सो बापतको दायित्व बहोर्नुपर्छ।

३.७ कठोर दायित्व (Strict Liability)

कठोर दायित्वमा प्रतिवादीले लापर्बाही वा दोष वा त्रुटि गर्नमा मनसाय थियो थिएन भन्ने पुष्टि गर्नु पर्दैन। यसमा केवल कठोर दायित्वसँग सरोकार राख्ने कार्यहरुबाट हानि नोकसानी भएको हेरिन्छ। दुष्कृति कानूनको सिद्धान्त आकर्षित भएर दायित्व बहन गराउने यस्ता विषयहरुमा त्रुटिपूर्ण उत्पादनहरुको उपभोग र यस्ता सामग्रीको निकट रहनेहरु दुष्कृतिको Zone of Danger सिद्धान्त अन्तर्गत खतराको क्षेत्रभित्र परेको मानिन्छ। यस प्रकृतिको कार्यहरुमा, डिजाइन, सामग्रीको छनौट, समाग्रीको मिश्रण एवम् प्रयोग आदिमा भएको त्रुटिसमेत पर्दछन्। त्रुटिपूर्ण उत्पादन र कठोर दायित्व बहन गर्नुपर्ने क्रियाकलापहरु लगभग उस्तै छन्। तथापि जिउ ज्यानमा गम्भीर खतरा पुग्न सक्ने र जोखिमपूर्ण मानिएका कामहरुलाई कठोर दायित्वभित्र पर्ने कार्य मानिन्छन्। कठोर दायित्वभित्र पर्ने खतराका विषयहरुमा नागरिकका जिउ ज्यान जोखिममा पर्न सक्ने गरी आगलागी हुने, ग्याँस बिष्फोट भएर जल्ने जस्ता क्रियाकलापहरु सबै कठोर दायित्वको दायरामा पर्दछन् भनेर क्यानडाको *Northwestern Utilities Limited v. London Guarantee and*

Accident Company Limited[150] मुद्दामा विषद विवेचना गरिएको छ। त्यस्तै ढल निकाससम्बन्धी निर्माण र मर्मतसम्बन्धी कार्य गर्दा हुन सक्ने मानवीय जोखिमको विषयहरु पनि दुष्कृति कानूनको कठोर दायित्वभित्र पर्ने विषय मानिएको छ।[151] यस्तै निर्माण र मर्मतको लागि गरिने कामहरुमा बिजुलीका खिया लागेका तारको लगायत बिष्फोटक पदार्थहरु प्रयोग गरियो भने पनि त्यसले मानवीय जोखिम सिर्जना गर्ने भएकोले यस्ता कार्यलाई निरुत्साहित गर्न पनि दुष्कृतिको कठोर दायित्व अन्तर्गत लागू गरिएको देखिन्छ।[152] कठोर दायित्व अन्तर्गत भूमि वा सामानको अस्वभाविक प्रयोग Unusual use of land and goods को विषय पनि हो भने कारखाना संचालन गर्दा संचालकले बहन गर्नुपर्ने दायित्व पनि कठोर दायित्व अन्तर्गत नै हेरिन्छ। यस प्रकारको दायित्वलाई पूर्ण दायित्व (Absolute Liability) भन्ने गरिन्छ। यस्ता उद्योग र कारखाना संचालन गर्ने उद्योगीले कारखानभित्रको जोखिमलाई मात्रै ध्यान दिनुपर्ने नभई उद्योगबाट निस्कने प्रदूषण, बिषालु ग्याँस, ध्वनिलगायतका मानिस र मानव बस्तिलाई क्षति पुग्ने कामको पूर्ण दायित्व लिनुपर्छ।[153] वाताबरण प्रदूषणको विषयलाई पनि पूर्ण दायित्व वा कठोर दायित्वको सिद्धान्त आकर्षित हुने भनी भारतीय अदालतबाट फैसला भएका छन्।[154] त्यस्तै स्तरीय र तारे होटल व्यवसाय संचालन गर्नेले व्यवस्थापनको ख्याल गर्नुपर्ने र जोखिमको अवस्था सिर्जना गरेमा पूर्ण दायित्व अन्तर्गत क्षतिपूर्तिको भागीदार हुनुपर्ने अवस्था देखिन्छ। स्वीमिङ्ग पूलको अवस्था जोखिम भएको कारणले पौडी खेल्ने ग्राहकलाई चोट लाग्न गएमा पनि पूर्ण दायित्व व्यहोर्नु पर्छ भन्ने मान्यता रहिआएको छ।[155] त्यस्तै मुलुकी फौजदारी अपराध संहितामा गरिएको बिषालु वा विस्फोटक पदार्थ प्रयोग गर्दा लापर्बाही गर्न नहुने र घर निर्माण गर्दा, भत्काउँदा वा मर्मत गर्दा लापर्बाही गर्न नहुने भन्ने व्यवस्था दुष्कृति कानूनको कठोर दायित्वसँग Strict Liability सरोकार राख्ने विषय भएकोले यी विवादहरु फौजदारी कसूरको साथै दुष्कृतिको दायराभित्र पनि पर्दछन्।[156]

३.८ मुख्य व्यक्ति वा माथवर जिम्मेवार हुने विषयहरु (Vicarious liability)

आफ्नो रेखदेख र संरक्षणमा रहेका व्यक्ति र आफ्नो मातहत वा जिम्मामा रहेका कर्मचारी वा कामदारहरुले गरेको गल्तीबाट नोक्सान हुन गएमा मुख्य व्यक्ति वा संस्था वा कम्पनीले दायित्व व्यहोर्नु पर्ने दुष्कृतिको अबधरणालाई Vicarious Liability को सिद्धान्त भनिन्छ। यो व्यवस्था अनुसार आफूले काममा लगाएको घरेलु सहायक, अन्य कामदार वा कर्मचारीले त्यस्तो कामको सिलसिलामा गरेको कुनै कार्यबाट कसैलाई हानि, नोकसानी भएमा त्यसरी काममा लगाउने व्यक्ति, फर्म, कम्पनी वा संस्थाले

---

150 *Northwestern Utilities Limited v. London Guarantee and Accident Company and Others*, [1936] AC 108.

151 *Foster v. Washington State Department of Ecology*, No. 90386-7, 2015.

152 *Firth v. Bowling Iron Company*, (1878) 3 C.P.D. 254.

153 *M.C. Mehata v. Union of Indian*, 1987 AIR 1086.

154 *Indian Council for Enviro-Legal- Action v. Union of India*, 1966 AIR 1446.

155 *Klaus Mittelbachert v. East India Hotels Ltd.,* 1999 (40) DRJ 147.

156 मुलुकी अपराध संहिता, २०७४, दफा ११४ र ११५।

त्यसको दायित्व व्यर्होनु पर्नेछ। तर कामदार वा कर्मचारीको हेलचेक्र्याइ वा बदनियतले गरेको कामबापतको दायित्व भने त्यस्तो कामदार वा कर्मचारी आफैले व्यर्होनु पर्नेछ भन्ने प्रावधान अमेरिकी अभ्यासमा भइरहेको दुष्कृति कानूनको Vicarious Liability /Respondent Superior सिद्धान्तको अभ्यासमा आधारित छ। नेपालको सन्दर्भमा यो व्यवस्थालाई देवानी संहिताको दुष्कृतिको परिच्छेद अन्तर्गत बिस्तृत रुपमा राखिएको छ जस अन्तर्गत खसगरी आमा बाबु जिम्मेवार हुने विषय उल्लेख भएको छ। देवानी संहिताको दफा ६७३ देखि ६७६ सम्म गरिएका व्यवस्थाहरु दुष्कृतिको उपरोक्त सिद्धान्तमा आधारित व्यवस्थाहरु हुन्। Parents are held liable for the tortious act committed by children [157] नाबालकले गरेको दुष्कृतिबापत बाबु आमा वा संरक्षकको हैसियतमा रहनेले दायित्व व्यहोर्नु पर्ने भन्ने देवानी संहिताको दुष्कृतिसम्बन्धी दफा ६७३ मा व्यवस्था भए तापनि कस्ता स्वभाव र उमेर समूहका नाबालक र उनीहरुको बानी स्वभाव र चाल चलनअनुसार आमाबाबुको जिम्मेवारीको मापदण्ड फरक हुन सक्ने दुष्कृति कानूनको प्रावधानहरु भने यसका विषयमा गरिएको विवेचना सिद्धान्त, अभ्यास र मान्यताभन्दा फरक देखिन्छन।[158] यसको विकासलाई हेर्दा कमन ल अन्तर्गत नाबालकले गरेको दुष्कार्यको निमित्त बाबुआमालाई जिम्मेवार बनाइने चलन थिएन। तर आधुनिक Model Tort Law अन्तर्गत यदि नाबालकको स्वभाव र उसले गर्ने कार्यहरु अरुका लागि क्षति पुग्न सक्ने खालको छ भन्ने जानकारी बाबु आमालाई भएको अवस्थामा (Knowledge of Dangerous and Violent Propensity of Child) त्यस्तो कार्य गरेको रहेछ भने आमा बाबुलाई जिम्मेवार बनाउन सकिन्छ भन्ने मान्यता रहिआएको छ। American Model Law मा Parents are held liable for willful and intentional torts of their minor children भनिएको छ।[159] मुलुकी देवानी संहिताको दफा ६७५ को व्यवस्थाअनुसार कामदार वा कर्मचारीबाट हुन जाने गल्तीको नोकसानीको दायित्व काममा लगाउने व्यक्तिले व्यहोर्नु पर्ने भन्ने व्यवस्था Vicarious Liability सिद्धान्तको व्यवस्था हो।[160] तर सबै अवस्थामा अरुलाई विश्वास गरी जिम्मा दिएको कार्य नगरिदिएको मात्रै कारणले उत्तरदायी बनाउन मिल्दैन भन्ने पनि अदालती अभ्यासहरु छन्।[161] आफ्नो कार अरुलाई चलाउन अनुमति दिएको अवस्थामा दुर्घटना भएमा त्यसको जिम्मेवार कार धनी हुनुपर्छ भन्ने मान्यता अरुले गरेको गल्तीको भागीदार मुख्य व्यक्ति नै हुनुपर्ने भन्ने यो सिद्धान्तको उदाहरण हो।[162] त्यस्तै चालक अनुमतिपत्र नभएको व्यक्तिलाई सवारी चलाउन दिई दुर्घटना भएमा त्यस्तो अनुमति दिने कार्यलाई दुष्कृति कानूनको अबधारणाअनुसार लापर्बाही भनी विश्वास गरेको (Negligent Entrustment) मानिने हुँदा त्यस्ता सवारीधनीले

---

[157] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ६७३।

[158] ऐजन।

[159] MULTISTATE LEGAL STUDIES, पूर्वपाद टिप्पणी १२।

[160] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ६७५।

[161] *State of Bank of India v. Smt. Shyama Devi,* 1978 AIR 1263.

[162] Ormrod v. Crosville Service Ltd., [1953] 1 WLR 1120.

पनि Vicarious Liability अन्तर्गत दायित्व व्यहोर्नु हुन्छ। नेपालको वर्तमान सवारी तथा यातायात व्यवस्था ऐन, २०४९ ले पनि केही हदसम्म यो सिद्धान्त अवलम्बन गरेको छ।[163]

३.९ वैयक्तिक गोपनीयतासम्बन्धी दुष्कृति (Tort of Privacy)

नागरिकको व्यक्तिगत गोपनीयता र प्रतिष्ठासम्बन्धी हकहरु हरेक देशका संविधानद्वारा प्रत्याभूत गरी हस्तक्षेप हुनबाट संरक्षितसमेत गरिएका हुन्छन्। यस्ता निजी गोपनीयता र प्रतिष्ठाहरु व्यक्तिका नितान्त व्यक्तिगत हक र सुविधाहरु हुन् जसलाई कसैले दखल पार्न र भंग गर्न सक्दैन। व्यक्तिका गोपनीयताका सवालमा कतिपय यस्ता विषयहरु हुन्छन् जुन कुरा व्यक्ति स्वयंले पनि सामाजिक मर्यादा, मान्यता तथा सभ्यता र संस्कारको लागि आफै भंग गर्न सक्दैन र मिल्दैन भन्ने मान्यता रहिआएको छ। जस्तो कसैले सार्वजनिक ठाउँमा नग्न भएर बस्न वा हिड्न कानूनले बर्जित गर्दछ भने कसैले पनि कसैको निजी कुराको चियोचर्चो गर्न वा हेर्न र जान्न पाउनुपर्छ भनेर दावी गर्न सक्दैन भन्ने अवधारणालाई व्यक्तिको नितान्त वैयक्तिक गोपनीयताको विषय भएकोले कानूनले मान्यता दिई राखेको छ। यही अधिकारलाई व्यक्तिगत गोपनीयताको हक (Right of Privacy) र आफ्नो नितान्त निजी र व्यक्तिगत काम कारोबारमा हस्तक्षेपविरुद्धको हक (Right against the invasion of Privacy) भनिन्छ। यी विषयहरुलाई व्यक्तिको मानवीय र निजी हकको रुपमा संविधान र कानूनले संरक्षण गरेको हुनाले दखल र हनन भएमा अदालतबाट दण्डित गर्न पाउने हुन्छ । तर कति त्यस्ता क्रियाकलापहरु हुने गर्छन् जहाँ दण्डित गरेर मात्रै न्याय पर्दैन र पीडितले गुमाउनु परेको बेइज्जतिको परिपूरण हुँदैन। यसको लागि दुष्कृति कानून अन्तर्गत पीडितलाई आर्थिक क्षतिपूर्ति भराई दिने व्यवस्था अभ्यास भैआएको पाइन्छ। कस्ता कार्यहरु कस्तो प्रकारले गरेमा वैयक्तिक गोपनीयता भंग हुन्छ र क्षतिपूर्तिको दावी गर्न मिल्ने प्रचलन रहेको छ भन्ने सन्दर्भमा मूलतः संविधानले संरक्षित गरेका देहायका कार्यहरु गोपनीयतामा हस्तक्षेप गरेको मानिन्छ भन्ने अभ्यासहरु दुष्कृति कानून अन्तर्गत भैरहेको पाइन्छ। अरुको व्यक्तिगत जीवनको गोपनीयतामा दखल वा हस्तक्षेप हुने किसिमका (Invasion of Privacy) क्रियाकलापहरुमा कानूनद्वारा नियन्त्रण र निरुत्साहित बनाएर व्यक्तिको निजी गोपनीयताको संरक्षण (Protection of Privacy) गर्नुपर्छ भन्ने कुरा उठिरहेको वर्तमान अवस्थामा अभ्यास रहेको छ। विगतका केही दशकसम्म गोपनीयतालाई मानव अधिकारको एउटा अभिन्न अंग मानिन्थ्यो र कसैले अरुको व्यक्तिगत गोपनीयतामा दखल पारेमा त्यो देवानी गल्ती वा कसुर मानिन्थ्यो। व्यक्तिगत सूचना र जानकारीको दुरुपयोग गरेको मानिन्थ्यो जुन कुरा *Murray v. Express Newspapers Plc* को मुद्दामा पनि भनिएको थियो।[164] बेलायतमा सन् १९९७ पूर्व कसैलाई अनावश्यक दुःख दिने नियतले हैरानी गर्ने कामलाई दुष्कृति मानिएको थिएन। सन् १९९७ मा हैरानी गर्नबाट संरक्षण हुने भन्ने कानून Protection From Harassment Act, 1997 बनेपछि यस्तो कार्यलाई दुष्कृति गरेको मानियो।[165] बेलायतको अदालतबाट *Wikinson v. Downton* को मुद्दामा प्रतिवादीले वादीलाई तिम्रो श्रीमान

---

[163] सवारी तथा यातायात व्यवस्था ऐन, २०४९, दफा १६१।

[164] *Murray v. Express Newspapers Plc* [2009] Ch 481.

[165] Protection from Harassment Act, 1997, Sec. 1.

गम्भीर दुर्घटनामा परेर दुवै गोडा भाँचिएको छ भनेर यो कुरा सत्य होइन भन्ने जानी जानी हैरानी गर्ने चिन्तित र उदास बनाउने नियतले गरिएकोले (Intentionally or recklessly causing someone to suffer physical injury or psychiatric illness constitute a tort) यस्तो प्रकारले गरिने हैरानी दुष्कृति हुन्छ भनियो।[166] वैयक्तिक गोपनियता अन्तर्गत हेरिने देहायका कार्यहरुलाई दुष्कृति कानूनको सिद्धान्तको दायराभित्र क्षतिपूर्ति भराइने प्रचलन रहेको छ। अनुमति बेगर कसैको नाम वा तस्विर प्रयोग गरि आर्थिक लाभ लिने काम Appropriation of Picture or Name गरेमा दुष्कृति मानिन्छ। कुनै पनि व्यक्तिले आफ्नो नाम वा तस्विर प्रयोग गर्न अनुमति दिएको अवस्थामा बाहेक त्यस्तो नाम वा तस्विर प्रयोग गरी आर्थिक लाभलगायतका अनुचित कार्य गरेमा व्यक्तिको निजी मर्यादा र गोपनीयता भंग गरी बदनाम गरेको मानिन्छ। त्यसैले नागरिकको वैयक्तिक कुराहरुको संरक्षण गर्ने गरी संवैधानिक प्रत्याभूतसमेत गरिन्छ। यो सुविधा वा हकको उल्लङ्घन हुन गएको खण्डमा दुष्कृति कानूनले उपचारको प्रचलनको व्यवस्था गरेको पाइन्छ। जस अनुसार त्यस्तो कार्य गरेर कसैको, मान, प्रतिष्ठामा नोक्सान भएको छ भने क्षतिपूर्ति भराई लिन पाउने बाटो दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनले खुल्ला राखेको हुन्छ। त्यसैगरी कुनै व्यक्तिको नितान्त गोप्य र व्यक्तिगत काम, व्यवहार र कारोबारमा चियोचर्चो गर्ने, गोप्य कुरा सुन्ने र हेर्ने जस्ता (Intrusion upon other's Affairs or Seclusion) असामान्य र आपत्तिजनक व्यवहारद्वारा कसैको व्यक्तिगत जीवनमा र वैयक्तिक मामिलामा हस्तक्षेप गर्नु कानूनको दृष्टिमा कसुर हो। यसबाट हुन जाने हानि नोकसानीलाई क्षतिपूर्ति दावी गर्न पाइने व्यवस्थाको प्रचलन दुष्कृति कानून अन्तर्गत गरेको पाइन्छ। कसैको नितान्त निजी तथा व्यक्तिगत कारोवार र व्यवहारसँग सम्बन्धित तथ्यहरुलाई सम्बन्धित व्यक्ति वा अधिकारीको अनुमति वा मन्जुरी बेगर निजको व्यक्तिगत जीवन र मान प्रतिष्ठामा प्रतिकूल असर पर्न सक्छ भन्ने जानाजानी त्यस्ता विवरणहरु सार्वजनिक रुपमा प्रकाशित गर्नु (Public disclosure of private facts) पनि वैयक्तिक गोपनीयताविरुद्धको कार्य मानिन्छ। यस्तो कार्य गरेबापत पुगेको हानि नोकसानी दुष्कृति कानून अन्तर्गत भराई लिने चलन र अभ्यास रहेको छ। खासगरी यस्ता कार्यहरु संचारसँग सम्बन्धित प्रकाशनको व्यवसायलाई नियमित र मर्यादित बनाउनका लागि नियन्त्रण र सन्तुलनको हिसाबले कानूनद्वारा व्यवस्थित गरिएको हुन्छ।

नेपालको वर्तमान मुलुकी फौजदारी अपराध संहिता, २०७४ अन्तर्गत दुष्कृतिका धेरैजसो सिद्धान्तहरु समावेश गरिएका छन्। संहिताको भाग ३ अन्तर्गत राखिएको वैयक्तिक गोपनियता तथा प्रतिष्ठाविरुद्धको कसुरको रुपमा वर्णित व्यवस्थाहरु दुष्कृति अन्तर्गत गाली बेइज्जती तथा व्यक्तिगत गोपनियता र सुविधासँग सरोकार राख्ने विषयहरु हुन् जसलाई कसैले अतिक्रमण गर्न नहुने भनि कानूनले संरक्षण गरेको छ। त्यसैगरी अपराध संहिताको दफा २९३ कै व्यवस्था हेर्दा अर्काको कुरा सुन्न वा ध्वनि अंकन गर्न नहुने गरी नागरिकको निजी क्रियाकलापलाई सुरक्षित र संरक्षित गरेको छ भने उल्लङ्घन गर्नेलाई कैद र जरिवाना हुने व्यवस्था गरेको छ। यद्यपि यसलाई देवानी कर्तव्यभन्दा पनि माथि राखेर फौजदारी कसुरको

[166] *Wilkinson v. Downton* [1897] 2 QB 57.

रुपमा परिभाषित गरे तापनि पीडितलाई पुग्न गएको क्षति पीडकबाट भराई लिन सक्ने र पाउने न्यायिक उपचारको मार्गलाई दुष्कृतिजन्य उपचार मान्न सकिन्छ।[167]

३.१० उपभोक्तासम्बन्धी दुष्कृति (Consumer Tort)

सामान्य कानून (General law) मा नागिरकहरुका स्वास्थ्य, हकहित र सुविधाको संरक्षण गरिनु पर्ने सिद्धान्तहरूको उल्लेख गरिन्छ। यस्ता विषयहरुको नियमन तथा कानूनी प्रक्रियाहरुको बारेमा विशेष कानूनका व्यवस्था लागू हुने सिद्धान्तहरु नै हुन्। नेपालको देवानी संहितामा व्यवस्था गरिएका दुष्कृतिसम्बन्धी प्रावधानहरु अन्तर्गत क्षतिपूर्तिको माग हुने र गरिने मुद्दाहरुमा प्रयोग हुने र गर्नुपर्ने प्राय दुष्कृतिका सिद्धान्तहरु हुन्। तर दुष्कृति कानूनको प्रयोग हुने क्षेत्र यसमा व्यवस्था भएका विषयमा मात्र सीमित छैन। त्यसैले नागरिकहरुको निजी र सार्वजनिक हित, सुरक्षा सुविधा र नैतिकताका विषयमा समेत दुष्कृति आकर्षित हुने हुँदा नेपालका अदालतहरुमा यसको प्रयोग र विवेचना हुँदा यही मान्यता र अभ्यासलाई जोड्नु पर्ने हुन्छ। नेपालको सन्दर्भमा खासगरी दुष्कृति कानूनको प्रयोग उपभोक्ता हकहितसम्बन्धी विषयहरु पनि पर्दछन्। फौजदारी कसुरसम्बन्धी संहितामा उल्लिखित खाद्य पदार्थमा मिसावट गर्न नहुने प्रावधान दुष्कृतिको कठोर दायित्वसँग (Strict Liability) सम्बन्धित विषय हो।[168] त्यस्तैगरी उपभोक्ताहरुलाई बिक्री वितरण गरिने वस्तुलाई झुक्याएर बिक्री वितरण गर्न नहुने व्यवस्था उपभोक्ताको हितको संरक्षण संरक्षणसम्बन्धी व्यवस्थाहरू हुन्।[169] यसका अलावा पानी दुषित पार्न नहुने, पिउने पानीको मुहान दुषित गर्न नहुने आदि विषयहरु फौजदारी लापर्बाही (Criminal Negligence) का दायराभित्र पर्ने विषयहरु हुन्।[170]

खाद्य पदार्थको उपभोगमा र वस्तुको प्रयोगमा उपभोक्ताहरुको हित र सुरक्षाको सन्दर्भमा नेपालमा पनि बिशेष ऐनको रुपमा उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ रहेको छ। यस ऐनले गरेका व्यवस्था अन्तर्गत निषेध गरिएका कार्य र त्यसको उपचारको लागि क्षतिपूर्तिको व्यवस्थाहरु दुष्कृतिको सिद्धान्त र कानूनसँग अन्तरसम्बन्ध राख्ने व्यवस्थाहरु हुन्।[171] उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ अन्तर्गतको अवधारणामा आधारित यो व्यवस्थाले सेवाग्राही र सेवा प्रदायक दुबैलाई सतर्क बनाउन गल्ती गर्नेले क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने व्यवस्था यो ऐनमा गरिएको हुँदा यस ऐनमा व्यवस्था भएअनुसार बर्जित कार्यहरु पनि दुष्कृति कानूनको दायराभित्र पनि हेरिने विषय रहेका छन्।[172] अमेरिकाको धेरैजसो राज्यका दुष्कृति कानूनको अभ्यासमा यदि कुनै यात्री एउटा ठाउँबाट धेरै शहर हुँदै घुम्न निस्किदा बाटोमा बिश्राम गर्दै र रेस्टुरेन्टमा मदिरा सेवन गर्दै यात्रा

---

[167] मुलुकी अपराध संहिता, २०७४, दफा २९३।

[168] ऐजन, दफा १०८।

[169] ऐजन, दफा १०९।

[170] ऐजन, दफा १११।

[171] ऐजन, दफा ५, ७, ११, १२ र १६।

[172] ऐजन, दफा ५० र ५१।

तय गरिरहेको अवस्थामा त्यस्तो यात्रीले पहिले नै मदिरा सेवन गरिसकेको छ भन्ने देखिने र अनुमान गर्ने अवस्थादेखि बुझी आफ्नो रेस्टुरेन्टमा पनि उसको मागअनुसार मदिरा सेवन गर्न दिइन्छ र त्यो व्यक्तिले अगाडि तय गर्ने यात्रामा सोही थप मदिरा सेवनको कारणले दुर्घटना गराउँछ भने त्यो पछिल्लो पटक मदिरा सेवनको सेवा उपलब्ध गराउने रेस्टुरेन्टसमेत त्यस्तो घटनाको जिम्मेवार हुन्छ भनेर Dramshop Statute अन्तर्गत दुष्कृति कानून आकर्षित हुने गरी अदालतबाट व्याख्या भएको छ।

अन्त्यमा दुष्कृति कानूनका मुख्य सिद्धान्तहरु र आकर्षित हुने दायरा वा विषयहरुको बारेमा चेतना हुनु जरुरी छ। आम नागरिकहरुको स्वास्थ्य, सुरक्षा, सदाचार र सुविधासँग सरोकार राख्ने विषयमा नागरिकको के कर्तव्य हो र राज्यको जिम्मेवारीमा रहेकाहरुले गर्ने काम पुऱ्याउनु पर्ने होसियारी के हो भन्ने जस्ता महत्त्वपूर्ण कुरा दुष्कृतिको दायराभित्रको विषय भएको हुनाले यसको व्यापक शिक्षा, चेतना, अध्ययन र तालिमको अत्यन्त खाँचो छ। तसर्थ दुष्कृति कानून विधायिकाले राखेको मक्सदअनुसार प्रयोगमा कसरी ल्याउन सकिन्छ भन्ने भरोसा न्यायपालिकाबाट प्रदान गरिने उपचार कानूनको व्याख्यामा निर्भर छ र सोको जिम्मेवारी अदालतमाथि रहेको छ।

नेपालको दुष्कृतिजन्य दायित्व सम्बन्धमा न्यायिक दृष्टिकोण

महेश शर्मा पौडेल*

१. विषय प्रवेश

कमन लको अभ्यासबाट विकसित भएको दुष्कृतिलाई व्यक्तिविरुद्धको देवानी गल्तीको रुपमा लिइन्छ। कमन लमा अदालतको लामो अभ्यासबाट यसको विकास भएको हो। कुनै व्यक्तिले अर्को व्यक्तिविरुद्ध देवानी गल्ती गरेका कारण त्यस्तो व्यक्तिलाई क्षति पुग्न गएमा दुष्कृतिजन्य दायित्व सृजना हुन्छ। दुष्कृति हुनका लागि कुनै व्यक्तिको कानूनी अधिकारमा आघात परेको हुनुपर्छ। दुष्कृतिमा उपचारका विभिन्न स्वरुप भए पनि मूलभूत रुपमा क्षतिपूर्ति नै यसको उपचारको रुपमा लिइन्छ। यसैले यस्तो देवानी गल्ती गर्ने व्यक्तिले त्यस्तो दुष्कृतिजन्य कार्यका लागि क्षतिपूर्तिको दायित्व बहन गर्नुपर्ने हुन्छ।

बिगतमा नेपालमा दुष्कृतिसम्बन्धी कानून थिएन। कतिपय कानूनमा दुष्कृतिका अन्तरवस्तुहरु समावेश रहेका थिए तर ती दुष्कृतिका नामले संबोधित थिएनन्। नागरिक अधिकार ऐन, २०१२, मुलुकी ऐनको कुटपिट महल तथा उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४ लगायतका केही कानूनहरुमा रहेको देवानी दायित्व स्वरुप क्षतिपूर्तिका व्यवस्थाहरुमा दुष्कृतिजन्य कानूनको अन्तरवस्तु सन्निहित रहेको मानिन्छ। वि.सं. २०७५ साल भाद्र १ गतेदेखि लागू भएको मुलुकी देवानी संहितामा दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था गरिएको छ।

मुलुकी देवानी संहितामा रहेको दुष्कृति कानूनअनुसार अदालतमा विवादहरु परी अदालतबाट यी कानूनका बारेमा ब्याख्या भई सिद्धान्तहरु कायम भइसकेको अवस्था छैन। यसो भए तापनि बिगतका कानून तथा संवैधानिक व्यवस्थाको आलोक र आधारमा चिकित्सकीय लापर्बाही, हवाई उड्डयन लापर्बाही एवं उत्पादकीय दायित्वलगायतका कतिपय विषयमा नेपालको सर्वोच्च अदालतबाट व्याख्या भएका छन्। दुष्कृतिसम्बन्धी नेपालको न्यायिक विधिशास्त्रको अध्ययनका क्रममा यी व्याख्याहरु सान्दर्भिक रहेका छन्। नयाँ कानूनअनुसारको व्याख्याका सन्दर्भमा समेत यी व्याख्याहरुमा प्रतिपादित सिद्धान्तहरु सहयोगी र अनुकरणीय हुन सक्छन्। यसै परिप्रेक्षमा प्रस्तुत लेखमा दुष्कृतिजन्य दायित्वको अवधारणागत पक्ष संक्षेपमा उल्लेख गर्दै दुष्कृतिसँग सान्दर्भिक र दुष्कृतिजन्य दायित्वका मर्म, भावना र अन्तरवस्तु समावेश भएका सर्वोच्च अदालतबाट भएका केही फैसलाहरु प्रस्तुत र विवेचना गर्ने प्रयास गरिएको छ।

२. दुष्कृतिजन्य दायित्वको अवधारणा

उपचार विनाको अधिकार हुँदैन भन्ने सिद्धान्तमा दुष्कृति कानून आधारित रहेको छ। दुष्कृतिलाई देवानी गल्तीको रुपमा चिनिन्छ। कुनै व्यक्तिले गरेको देवानी गल्तीको परिणाम स्वरुप अर्को व्यक्तिलाई कुनै हानि नोक्सानी हुन्छ भने त्यस अवस्थामा सो गल्तीका लागि देवानी उपचारको रुपमा गल्ती गर्नेले

---

* न्यायाधीश, उच्च अदालत।

क्षतिपूर्तिको दायित्व बहन गर्नुपर्ने हुन्छ। दुष्कृतिमा गल्ती गर्नेले दायित्व बहन गर्नुपर्ने र गल्तीबाट पीडित हुन पुगेका व्यक्तिले सो गल्तीबापत उपचार पाउने अधिकार राख्दछन्।

समाजमा हरेक व्यक्तिले अन्य व्यक्तिसँग उपयुक्त र विवेकसम्मत रुपमा व्यवहार गर्नु निजको कर्तब्य हो र अन्य व्यक्तिका हक अधिकारमा अनुचित रुपमा दखल दिनु हुँदैन भन्ने मान्यता र सिद्धान्त दुष्कृति कानूनले बोकेको हुन्छ। अर्को शब्दमा भन्ने हो भने एकापसमा करारीय सम्बन्धमा नरहेका व्यक्तिहरुबीचको सम्बन्धलाई व्यवस्थित र निर्देशित गर्ने कानूनको रुपमा दुष्कृति कानूनलाई लिइन्छ। दुष्कृति कानूनले प्रत्येक व्यक्तिलाई सचेतनापूर्वक कार्य गर्न प्रोत्साहित गर्छ भने पीडितलाई क्षतिपूर्ति बहन गर्नुपर्ने गरी अर्काको अधिकारमा आघात पार्ने कार्य गर्नबाट निरुत्साहित गर्छ।

दुष्कृति कमन ल अभ्यासबाट विकास भएको हो र यसलाई देवानी प्रकृतिको विषयको उपचारसँग सम्बन्धित सिद्धान्तको रुपमा लिइन्छ। दुष्कृति करार तथा अपराधभन्दा भिन्न विषय हो। जहाँ पक्षहरुका बीच करार हुन्छ त्यहाँ सोही करारबाट नै उनीहरुको सम्बन्ध तथा उपचार निर्देशित हुन्छ। यसरी नै अपराध फौजदारी गल्ती भएकाले त्यसमा दण्ड सजाय नै उपचारको महत्त्वपूर्ण पक्ष रहेको हुन्छ। साथै अपराधलाई सार्वजनिक हितसँग सम्बन्धित विषयको रुपमा मानिन्छ। तर, दुष्कृति व्यक्तिगत हितसँग सम्बन्धित मानिन्छ र क्षतिपूर्ति यसको महत्त्वपूर्ण उपचारको रुपमा रहेको हुन्छ। दुष्कृतिमा क्षतिपूर्तिबापत रकम वा पैसा नै महत्त्वपूर्ण रुपमा लिइन्छ। कानूनले व्यक्तिका अधिकारहरु संरक्षित गरेको हुन्छ। कानूनबाट संरक्षित गरिएका यस्ता अधिकारहरुमा हानि नोक्सानी पुऱ्याउने वा त्यसमा असर पुऱ्याउने कार्य गर्ने वा कुनै व्यक्तिको ज्यूज्यानमा शारीरिक वा मानसिक आघात पुऱ्याउने वा सम्मान वा प्रतिष्ठामा आँच पुग्ने कार्यगर्ने वा गोपनीयतामा असर पार्ने वा सम्पत्ति तथा आर्थिक हानि नोक्सानी पार्ने जस्ता कार्य गरिएमा उपचार माग गर्ने माध्यमका रुपमा दुष्कृति कानूनलाई लिइन्छ।

दुष्कृति ल्याटिन शब्द *'Tortum' बाट आएको हो जसको अर्थ गल्ती वा तोडमरोड भन्ने हुन्छ। यसबाट तोडमरोड गरिएको वा गलत किसिमको व्यवहारको रुपमा लिन सकिन्छ। यसैले कमन लमा दुष्कृतिलाई देवानी गल्ती भनिन्छ। यही कारणले कुनै व्यक्तिको कार्य वा अकार्यबाट भएको देवानी गल्तीको परिणाम स्वरुप भएको नोक्सानीमा क्षतिपूर्ति नै मूलभूत रुपमा आकर्षित हुने देखिन्छ।*

सालमन्डले दुष्कृतिलाई देवानी गल्तीको रुपमा परिभाषित गरेको पाइन्छ।[173]

मुलुकी देवानी संहितामा कसैले आफ्नो वा यस परिच्छेदबमोजिम आफैले दायित्व वहन गर्नुपर्ने अरू कसैको त्रुटि, हेलचेत्र्याइँ वा लापर्बाही जेसुकैबाट भएतापनि गरेको कुनै काम (कमिसन) वा अकर्मण्यता (ओमिसन)

[173] https://legalsarcasm.com/legal-notes/law-of-torts-definition-and-types
https://legalsarcasm.com/legal-notes/ law-of-torts-definition-and-types/
हेरिएको मिति २०७७/१०/ १०/ दुस्कृतिलाई देवानी गल्तीकै रुपमा ब्लाक्स ल डिक्सनरीमा समेत परिभाषित गरिएको छ।

बाट कसैको जिउ, ज्यान वा सम्पत्ति वा कानूनबमोजिम संरक्षित हक वा हितमा कुनै किसिमले हानि, नोक्सानी पुऱ्याउनु हुँदैन भन्ने व्यवस्था रहेको छ।[174]

कानूनले निर्धारित गरेको कर्तब्यको उल्लंघन गरेमा दुष्कृतिजन्य दायित्व सृजना हुन्छ।[175] कुनै व्यक्तिले गरेको देवानी गल्तीमा बहन गर्नुपर्ने दायित्व नै दुष्कृतिजन्य दायित्व हो। दुष्कृतिको उपचारको माध्यमहरु निषेधाज्ञा, क्षतिको परिपूरण जस्ता माध्यमहरु हुने भए पनि दुष्कृतिजन्य दायित्व बहनको महत्त्वपूर्ण माध्यम क्षतिपूर्ति नै हो। त्यसैले दुष्कृति भन्ने बित्तिकै क्षतिपूर्तिको स्मरण हुन्छ तर आपराधिक कार्यका लागि पनि क्षतिपूर्ति बहन गराइने भएको तथा करारका विषयहरुमा पनि क्षतिपूर्तिको प्रश्न सन्निहित हुने भएकाले क्षतिपूर्तिका सबै कुरा दुष्कृतिका विषय भने हुँदैनन्। दुष्कृतिको महत्त्वपूर्ण माध्यम क्षतिपूर्ति हो तर सबै क्षतिपूर्ति दुष्कृतिका विषय होइनन् भन्न सकिन्छ। दुष्कृति पूर्व निर्धारित क्षतिपूर्ति नभई अदालतले उपचारका क्रममा हानि नोक्सानीको अवस्थालाई विचार गरी उचित क्षतिपूर्ति (Unliquidated Damage) परिपूरण गराउनेमा जोड दिन्छ।

दुष्कृति दायित्वसम्बन्धमा विभिन्न सिद्धान्तहरु रहेका छन्। संक्षपमा यस्ता सिद्धान्तलाई यहाँ प्रस्तुत गरिएको छ।

२.१ Damnum Sine Injuria

Damnum Sine Injuria ल्याटिन उक्ति हो जसको अर्थ बिना क्षतिको हानि हुन्छ। अर्थात कानूनी अधिकारको उल्लंघन बिना नै भएको हानीलाई यसमा राखिन्छ। दस्कृति हुनका लागि कानूनी अधिकारको उल्लंघन भई हानि भएको हुनुपर्छ। यसैले यस बिना क्षतिको हानीमा दायित्व निवर्हन गर्नुपर्ने हुँदैन।

२.२ Injuria Sine Damno

Damnum sine injuria भन्दा विपरीत Injuria Sine Damno बिना हानिको क्षति भन्ने अर्थ हुन्छ। अर्थात् कुनै वास्तविक हानि बिना कानूनी अधिकारको उल्लंघन भएमा पनि हानि भएको मानिन्छ। कुनै खास र वास्तविक हानि नभए पनि कानूनी हक उल्लंघनका कारण यसमा दायित्व सृजना हुने हुन्छ। यो पनि दुष्कृति कानूनको एक महत्त्वपूर्ण सिद्धान्त हो।

२.३ परदायित्वको सिद्धान्त (Principle of Vicarious Liability)

सामान्यतया दुष्कृतिमा जसका कारणले गल्ती भएको हो वा जसले गल्ती गरेको हो उसैले दायित्व बहन गर्नुपर्ने हुन्छ। तर कतिपय अवस्थामा तेस्रो व्यक्तिले गरेको गल्तीमा पनि दायित्व सृजना हुन्छ। यसैलाई

---

[174] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ६७२।

[175] R. RAMACHANDRAN, LAW OF TORTS 1 (Kamal Publishers, 2013), Winfield's पनि कर्तब्य उल्लंघनले दुस्कृतिजन्य दायित्व सृजना हुने भन्छन् : *Tortuous liability arises from the breach of a duty primarily fixed by law; this duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages."* https://www.lawteacher.net/free-law-essays/tort-law/tortuous-negligence-liability.php *हेरिएको मिति २०७७। १०।१०।*

परदायित्व भनिन्छ। परदायित्वको सिद्धान्त प्रतिवादी र तेस्रो व्यक्तिबीचको कानूनी सम्बन्धका कारण सृजना हुन्छ। उदाहरणका लागि मालिक र नोकरबीचको सम्बन्ध, प्रिन्सिपल र एजेन्टबीचको सम्बन्ध र साझेदारीहरूबीचको सम्बन्ध जस्ता कारणले यस किसिमको दायित्व सृजना भएको हुन्छ। परिणामत नोकरले गरेकोमा मालिक, एजेन्टले गरेकोमा प्रिन्सिपल र एउटा साझेदारीले गरेकोमा अर्को साझेदारीले दायित्व व्यहोर्नु पर्ने अवस्था सृजित हुन्छ।

२.४ Volenti Non-Fit Injuria

कतिपय अवस्थामा कुनै व्यक्तिले सहमति दिएको कार्यका कारण हानि भएको हुन सक्छ। यस्तो सहमति हानि हुनसक्ने जानकारी र इच्छाका साथ दिइएको तथा निजले सम्भावित जोखिमका बारेमा जानकारी हुँदाहुँदै भएको हानिमा क्षतिपूर्ति दावी गर्न सकिदैन। उदाहरणका लागि कुनै क्रिकेट खेल हेरिरहेको व्यक्तिलाई क्रिकेट बलले टाउकोमा लागि घाइते भएमा निजले क्षतिपूर्ति दावी गर्न मिल्दैन किनकि कानूनले के अनुमान गर्दछ भने घाइते यस किसिमको जोखिमको बारेमा जानकार हुँदाहुँदै खेल हेर्न गएको हो।

२.५ कठोर दायित्व (Strict liability)

यसमा हानि हुनबाट जोगाउन सम्भव सबै उपायहरु अबलम्बन गरेको भए पनि दायित्व बहन गर्नुपर्ने हुन्छ। मनसाय नभएको वा लापर्बाही नभएको भनी दायित्व बहनबाट उन्मुक्ति हुँदैन।

२.६ निरपेक्ष दायित्व (Absolute liability)

कठोर दायित्वमा दायित्व बहन गर्नेले केही प्रतिरक्षाको दावी गर्नसक्छ। जस्तैः हानि नोक्सानी नितान्त रुपमा प्राकृतिक कारण र आफ्नो काबुबाहिरको परिस्थितिमा भएकोले दायित्व बहन गर्न नपर्ने भनी जिकिर लिन सक्छ तर निरपेक्ष **दायित्वमा** यस किसिमको प्रतिरक्षात्मक जिकिर लिन सकिँदैन। जे जस्तो परिस्थितिमा हानि भएको भए पनि क्षतिपूर्ति बहन गर्नु अनिवार्य हुन्छ। यस किसिमको दायित्वको उदाहरणका रुपमा भारतको भोपाल ग्यास दुर्घटनालाई लिन सकिन्छ।

३. नेपालमा दुष्कृतिजन्य कानूनको विकास

नेपालमा मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ आउनु पहिले दुष्कृति नामाकरण भएको कानूनको अभाव रहेको थियो। यसो भए पनि केही दुष्कृतिजन्य कार्यहरु अन्य कतिपय कानूनमा समेटिएका देखिन्छन्। कानून पारित हुनासाथ विधायिकी रुपबाट दुष्कृतिको जन्म हुन सक्छ। संसदले जति कानून बनाउँछ, ती सबैको पछाडि दुष्कृतिको जन्म हुन जान्छ। उदाहरणका लागि मानव अधिकार दुष्कृति, वातावरण दुष्कृति, उपभोक्ता दुष्कृति आदी।[176] यस आलोकबाट हेर्दा नेपालमा मुलुकी देवानी संहिता जारी हुनुपूर्व पनि दुष्कृतिजन्य व्यवस्थाहरु विभिन्न कानूनमा विधायिकाबाट तर्जुमा भएको भन्न सकिने हुन्छ।

[176] डा. राजेन्द्र कुमार आचार्य, दुस्कृति कानून १८ (परिचित छापाखाना, २०७४)।

नेपालमा देवानी प्रकृतिको विषयमा छिटफुट रूपमा क्षतिपूर्ति भराउने व्यवस्था र दुनियाँवादी फौजदारी मुद्दामा उपचारको केही व्यवस्था भएको भए तापनि दुष्कृति कानूनको अवधारणागत विकास भएको थिएन। कानूनले यो कुरा गर्न हुँदैन भनी उल्लेख गरेको कुरा बाहेक अरुको सम्पत्ति वा अन्य शारीरिक रूपमा नोक्सानी वा असर गर्छ भन्ने देवानी कुरामा कसैले त्यति ध्यान दिने गरेको पाइँदैन। सर्वसाधारण व्यक्तिहरू हिँड्ने बाटो सडकमा जथाभावी खाल्डो खनेर राख्ने र त्यसबारे यथोचित सूचना समेत नराख्ने कारणले मान्छेहरू खसेर घाइते हुने र मृत्युसमेत भएको यस्ता केही प्रतिनिधि घटना छन्। शहरी क्षेत्रमा घर तथा बाटो बनाउने बेलामा सर्वसाधारण हिड्ने बाटोमा सामान राखी जोखिमयुक्त बनाई राख्ने र त्यसका कारण दुर्घटनाहरू भएको धेरै उदाहरणहरू छन्। तर त्यस्तै हेलचेक्र्याइँ वा लापर्बाही उपर दायित्व बहन गराई क्षतिपूर्ति भराएको उदाहरण छैनन्।[177]

नेपालमा दुष्कृतिसम्बन्धी छुट्टै कानूनमा नभएको भए तापनि यसको प्रयोग कुनै न कुनै रुपमा नभएको होइन। बाली अरमलसम्बन्धी मान्यता यसको ज्वलन्त उदाहरण हो। तथापि, दुष्कृति शब्दको औपचारिक प्रयोग नेपाल कानूनमा मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ लागू हुनुभन्दा अगाडि भएको पाइदैन।[178]

नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ मा यस ऐनद्वारा प्रदत्त आफ्नो कुनै अधिकारमा कसैले आघात पार्ने शङ्का लागेमा सम्बन्धित उच्च अदालत वा जिल्ला अदालतमा उजूरी दिन सकिने, सो बमोजिमको उजुरीमा सम्बन्धित अदालतले जाँचबुझ गरी प्रतिवादीलाई सो नगर्नु भनी निषेधाज्ञा दिन सक्ने र कसैले कसैको यस ऐनद्वारा प्रदत्त अधिकारमा आघात गरेमा अवस्था हेरी सम्बन्धित अदालतले ठहर गरेबमोजिमको क्षतिपूर्ति अधिकार आघात भएको व्यक्तिलाई दिनुपर्ने छ भन्ने व्यवस्था गरिएको थियो।[179] यसरी यस ऐनले प्रदत्त गरेका अधिकारमा आघात भई नसकेकोमा सो उल्लंघन रोक्न निषेधाज्ञा र आघात भइसकेकोमा क्षतिपूर्तिको उपचारको व्यवस्था गरेको देखिन्छ। यसरी नै यस ऐनमा कुनै सरकारी कर्मचारीले गरेको अनधिकृत (टरसस) कामको निम्ति नेपाल सरकारले क्षतिपूर्ति दिने छैन भन्ने व्यवस्था रहेको थियो।[180] यस व्यवस्थामा पनि दुष्कृतिको अवधारणा समाहित रहेको देखिन्छ।

व्यक्तिको इज्जत, मान र प्रतिष्ठाको विषय पनि कानूनद्वारा संरक्षित गरिएको हुन्छ। यदि कुनै व्यक्तिका यस्ता अधिकारमा आघात पुऱ्याइन्छ भने त्यसबाट पीडित व्यक्तिले उपचारको माग गर्ने अधिकार राख्दछन्। नेपालमा पनि सर्वसाधारण व्यक्तिको इज्जत र मानमर्यादा कायम राख्नका लागि गाली र बेइज्जती ऐन, २०१६ जारी भएको थियो। यस ऐनमा कसैले कसैलाई गाली वा बेइज्जती गरिएको ठहरिएमा गाली वा बेइज्जती गरिएको व्यक्तिलाई निजको सामाजिक प्रतिष्ठा र इज्जतसमेतलाई विचार गरी

---

177 श्रीकृष्ण मुल्मी, *दुस्कृतिसम्बन्धी अवधारणा, कानून र विकास एक विश्लेषण*, ३ अभियोजन जर्नल, (महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय, २०७७)।

178 देवानी संहिता तथा देवानी कार्यविधि संहिताको मस्यौदा तथा प्रतिवेदन २०६७, कानून तथा न्याय मन्त्रालय, पृष्ठ १८।

179 नागरिक ऐन, २०१२, दफा १७(३)।

180 ऐजन दफा १८, प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश।

मुद्दा हेर्ने अधिकारीले कसुरदारबाट मनासिब माफिकको रकम क्षतिपूर्तिको रूपमा भराई दिनेछ र त्यस्तो व्यक्तिलाई कसुरदारबाट मुद्दामा लागेको खर्च समेत भराउने व्यवस्था थियो। साथै, मरिसकेको कुनै व्यक्तिलाई बेइज्जती गरेको ठहरिएमा सो बेइज्जतीबाट भावनामा चोट लागेको निजको नजिकको हकवालालाई त्यस्तो क्षतिपूर्ति र खर्चको रकम दिइने व्यवस्था गरिएको थियो।[181] क्षतिपूर्ति बहन गराउने यस व्यवस्थामा दुष्कृति दायित्वको अन्तरबस्तु अन्तरनिहित रहेको मानिन्छ।

मुलुकी ऐन, २०२० अन्तर्गत देहायबमोजिमका व्यवस्थालाई दुष्कृतिसँग सामिप्यता राख्ने कानून रहेका थिए।

क) जग्गाको बाली भराउनु पर्दा स्थानीय भलाद्मी र संधियार बुझी मुचुल्का लिई त्यस जग्गाको उब्जनी बाँधी बाली भराउनु पर्ने व्यवस्था।[182]

ख) आफनो हक नपुग्ने लुटपिट गरे गराएको भए नोक्सानी बिगो सो लुटपिट गर्ने गराउनेबाट हक पुग्नेलाई भराई दिनुपर्ने व्यवस्था।[183]

ग) कसैको चौपायाले बाली नोक्सान गरिदिएमा धनीबाट नोक्सान भएको बिगो लिन पाउने व्यवस्था।[184]

घ) थुन्नेबाट असूल भएको जरिवानाको अन्नपानी खान दिई थुनेको भए तीन खण्डको एक खण्ड र अन्नपानी खान नदिई थुनेको भए आधा थुनाई माग्नेलाई भराई दिनुपर्ने व्यवस्था।[185]

ङ) कुटपिटमा घा खर्च भराइदिने व्यवस्था।[186]

च) घरमा आगो लाउँदा चौपाया र धनमाल परी नोक्सान भएकोमा मोल बिगो खुलेमा सोही बमोजिम र नखुलेकोमा पन्चकृति मोल गराई आगो लगाई दिने काम गर्ने गराउनेका जायजातबाट भराई दिनुपर्छ भन्ने कानूनी व्यवस्था।[187]

दुष्कृतिमा उपभोक्ता दुष्कृतिको पक्ष पनि महत्त्वपूर्ण रुपमा लिइन्छ। नेपालमा पनि २०५४ सालमा पहिलो पटक उपभोक्ता संरक्षण ऐन जारी भएको थियो। यस ऐनमा अनुचित व्यापारिक क्रियाकलापबाट उपभोक्ताहरुमा हुने शोषण तथा मर्काको विरुद्ध सुनुवाई र क्षतिपूर्ति पाउने अधिकारलाई सुनिश्चित गरिएको थियो।[188] यसका साथै यस ऐनको विपरीत हुने गरी उपभोग्य वस्तु वा सेवा बिक्री वितरण वा प्रदान गरेको कारणबाट कुनै उपभोक्तालाई कुनै पनि किसिमको हानि नोक्सानी हुन गएमा त्यस्तो उपभोक्ता वा त्यस्तो उपभोक्ताको तर्फबाट कुनै उपभोक्ता संस्थाले त्यस्तो उपभोग्य वस्तु वा सेवा बिक्री वितरण वा प्रदान गर्ने

---

181 गाली र बेइज्यती ऐन, २०१६, दफा १२।

182 मुलुकी ऐन, २०२०, जग्गा मिच्नेको महल, १३ नं.।

183 ऐजन, लुटपीटको महल, ४ नं.।

184 ऐजन, चौपायाको महल, ६ नं.।

185 ऐजन, बेरितसंग थुन्नेको महल, ६ नं.।

186 ऐजन, कुटपीटको महल, ३,६ र २५ नं.।

187 ऐजन, आगोलगाउनेको महल, १९ नं.।

188 उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४, दफा ६(१)(ङ)।

व्यक्तिबाट क्षतिपूर्ति भराई पाउँ भनी क्षतिपूर्ति समिति समक्ष त्यसरी हानि नोक्सानी पुगेको पैतिस दिनभित्र उजूरी गर्न सक्ने[189] र यसरी क्षतिपूर्तिको निमित्त परेको उजूरी उपर छानबिन गरी क्षतिपूर्ति समितिले उपभोक्तालाई हानि नोक्सानी पुग्न गएको ठहर गरेमा हानि नोक्सानीको आधारमा क्षतिपूर्तिबापतको रकम उपभोक्ता वा निजको हकवालालाई दिलाउने व्यवस्थासमेत यस ऐनमा गरिएको थियो।[190]

यस कानूनलाई बिस्थापन गरी उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ को व्यवस्था गरिएको छ। यसमा यस ऐन विपरीत बस्तु वा सेवा बिक्री वितरण वा प्रदान गरेको कारणबाट कुनै उपभोक्तालाई शारीरिक, मानसिक, आर्थिक, भौतिक वा अन्य किसिमको हानि, नोक्सानी हुन गएमा वा बस्तुको त्रुटिपूर्ण उत्पादनको कारणबाट क्षति पुग्न गएमा उपभोक्ता स्वयंले वा निजको तर्फबाट कुनै उपभोक्ता संस्थाले वा उपभोक्ता असक्षम भएमा वा निजको मृत्यु भइसकेको अवस्थामा त्यस्तो उपभोक्ताको हकवालाले त्यस्तो बस्तु वा सेवा उत्पादन, पैठारी, सञ्चय, ढुवानी, बिक्री वितरण वा प्रदान गर्ने जुन व्यक्तिको कारणबाट त्यस्तो हानि, नोक्सानी भएको हो सोही व्यक्तिबाट क्षतिपूर्ति भराई पाउन अदालत समक्ष त्यसरी हानि, नोक्सानी पुगेको मितिले छ महिनाभित्र उजुरी गर्न सक्ने व्यवस्था गरिएको छ।[191]

यसरी परेको उजुरी उपर छानविन गर्दा उपभोक्तालाई हानि, नोक्सानी पुग्न गएको ठहर भएमा त्यस्तो हानि, नोक्सानीको आधारमा सम्बन्धित उत्पादक, पैठारीकर्ता, सञ्चयकर्ता, ढुवानीकर्ता, वितरक वा बिक्रेताबाट क्षतिपूर्तिवापतको रकम उपभोक्ता वा निजको मृत्यु भइसकेको भए कानूनबमोजिमको हकवालाले पाउने समेत व्यवस्था छ।[192] यसका साथै क्षतिपूर्ति निर्धारणका लागि पीडित व्यक्तिलाई पर्न गएको शारीरिक वा मानसिक कष्ट वा पीडा र त्यसको गम्भीरता, उपचार हुन सक्ने किसिमको क्षति भएकोमा उपचार गराउन लाग्ने अनुमानित खर्च, शारीरिक वा मानसिक क्षतिको कारण पीडित व्यक्तिको आय आर्जन गर्ने क्षमतामा हुन गएको ह्रास, उपचार हुन नसक्ने किसिमको शारीरिक वा मानसिक क्षति पुगेकोमा पीडित व्यक्तिको उमेर र निजको पारिवारिक दायित्व, पीडितको मृत्यु भएकोमा निजको आम्दानीमा आश्रित निजको परिवारका सदस्यको संख्या र निजहरुको जीविको पार्जनको निमित्त आवश्यक पर्ने न्यूनतम खर्च, पीडित व्यक्तिले दावी गरेका कुरामध्ये उचित र उपयुक्त देखिएका अन्य कुरा र उत्पादक, पैठारीकर्ता, सञ्चयकर्ता, बिक्रेता एवं सेवा प्रदायकको आर्थिक तथा व्यवसायको स्थिति जस्ता मापदण्डहरु निर्दिष्ट गरिएको छ।[193]

मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को परिच्छेद १७ अन्तर्गत दफा ६७२ देखि ६८४ सम्म दुष्कृति (टर्टस्) सम्बन्धी व्यवस्था गरिएको छ। यसमा कसैको त्रुटि, हेलचेत्र्याइ वा लापर्बाही जेसुकैबाट भए तापनि कुनै काम (कमिसन) वा अकर्मण्यता (ओमिसन) बाट कसैको जिउ, ज्यान वा सम्पत्ति वा कानूनबमोजिम

[189] ऐजन, दफा २२।

[190] ऐजन, दफा २४।

[191] उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५, दफा ५०।

[192] ऐजन, दफा ५१।

[193] ऐजन, दफा ५२।

संरक्षित हक वा हितमा कुनै किसिमले हानि, नोक्सानी पुऱ्याउने कार्य भएमा दुष्कृति मानिने र यसरी गरेको दुष्कृतिमा त्यस्तो कार्य गर्ने व्यक्तिले यस परिच्छेदबमोजिम दायित्व व्यहोर्नु पर्ने गरी दुष्कृतिको परिभाषा गरिएको छ। साथै थप दफाहरुमा विभिन्न किसिमका दुष्कृतिजन्य दायित्वहरुको व्यवस्था गरिएको छ।[194] **मुलूकी देवानी संहिताले गरेको दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको व्यवस्था सम्बन्धमा विभिन्न टिप्पणी रहेको देखिन्छ। खासगरी यस व्यवस्थामा कमन लमा जस्तै दुष्कृतिका मनसायपूर्वक, लापर्बाहीपूर्वक र कठोर दायित्वको दुष्कृति भनी वर्गीकरण भएको छैन।** कमन लको दुष्कृतिमा Duty of Care लाई एक आवश्यक तत्वको रुपमा लिइने गरेको पाइन्छ। त्यस्तो मान्यताभन्दा फरक दृष्टिकोण नेपालमा रहेको छ। यसका साथै यस कानूनमा थुप्रै रिक्तताहरू रहेका छन् जसलाई अदालतले व्याख्या गर्नुपर्ने अवस्था छ भन्नेसमेत टिप्पणी गरिएको पाइन्छ।[195] संहितामा त्रुटि र हेलचेत्र्याइँ के कुरालाई जनाउँछ र कुन अवस्थामा हुन्छ वा होसियारी वा साबधानीको मानक के हो भन्ने कुरा स्पस्ट छैन भन्ने पनि संहितामा रहेको कमजोरीको रुपमा औंल्याइएको पाइन्छ।[196]

नेपालमा देवानी दायित्वका सम्बन्धमा देवानी संहिताका कतिपय व्यवस्थाहरु रहेका छन्। मुलुकी अपराध संहितामा क्षतिपूर्तिलाई सजायकै रुपमा राखिएको छ। यस संहिताका प्रायजसो कसुरमा सजायका अतिरिक्त क्षतिपूर्तिको पनि व्यवस्था गरिएको छ। यद्यपि यी व्यवस्थाहरु दुष्कृतिजन्य व्यवस्था भने होइनन् र यी अपराधजन्य व्यवस्थाका रुपमा रहेका छन्।

४. नेपालमा दुष्कृतिजन्य दायित्वका सम्बन्धमा न्यायिक दृष्टिकोण

दुष्कृतिको विषय अदालतका फैसलाबाट बिकसित हुँदै आएको छ। नेपालमा बिगतमा दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको अभाव रहेकोले अदालतबाट यस सम्बन्धमा व्याख्या र विवेचना हुन नसकेको अवस्था छ। देवानी दायित्वको विषय विभिन्न मुलुकको विधायिकी कानून वा दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनमा समेटिएका छन्। हाम्रो मुलुकमा लामो समयसम्म दुष्कृतिसम्बन्धी कानून नभएको भनी देवानी दायित्वको विषयलाई एकिन रुपमा न्यायिक निर्णयको विवेचनामा समेटिएन सकेको थिएन।[197] **हाम्रो अदालतबाट दुष्कृतिको सम्बन्धमा व्याख्या गर्ने अवसर पाएका केही मुद्दाहरुमा अदालतबाट व्याख्या हुन नसकेका कारण नेपालमा दुष्कृतिको विकास हुन नसकेको भन्ने टिप्पणी हुने गरेका छन्। यसो भए तापनि पछिल्ला समयमा उपभोक्ताको हकहितसँग सम्बन्धित दुष्कृति (Consumer Tort) र सो अन्तर्गतको क्षतिपूर्तिका विषयमा सर्वोच्च अदालतबाट विभिन्न मुद्दाहरुमा व्याख्या भएका छन्। दुष्कृति कानूनकै रुपमा व्याख्या नभएको भए तापनि अन्य कानूनका सन्दर्भमा क्षतिपूर्ति सम्बन्धमा भएका व्याख्याहरु दुष्कृतिको विषयसँग सामिप्यता राख्ने**

---

[194] यस लेख न्यायिक विधिशास्त्रसँग केन्द्रित भएको र यसै पुस्तकको अन्य लेखमा कानूनको विषयमा चर्चा हुने भएकाले यहाँ उल्लेख गरिएको छैन।

[195] https://www.newbusinessage.com/MagazineArticles/view/2237
हेरिएको मिति २०७७।१०।१०।

[196] कैलाशप्रसाद सुवेदी, *मुलुकी देवानी संहितामा दुस्कृतिसम्बन्धी व्यवस्था र सुधारका पक्षहरु*, ७ प्रतिपादन, २७२ (राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, २०७७)

[197] आनन्दमोहन भट्टराई, *उपचारसम्बन्धी अवधारणा र देवानी संहिताको भावभूमि*, १ अभियोजन जर्नल, (महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय, २०७५)

देखिएका छन्। अतः दुष्कृति सम्बन्धमा सामिप्यता राख्ने सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्त वा न्यायिक दृष्टिकोणलाई यहाँ संक्षेपमा उल्लेख र विश्लेषण गर्ने प्रयास गरिएको छ।

४.१ हवाई उड्डयनसँग सम्बन्धित लापर्बाही

दुष्कृतिका स्वरुपहरु विभिन्न प्रकारका हुन्छन्। हवाई सेवाका सम्बन्धमा भएका लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँका कारण दुर्घटना भई वा अन्य कुनै किसिमले कसैको हानि नोक्सानी भएमा हवाई सेवा प्रदायक संस्थाले त्यस्तो हानि वा क्षतिको बहन गर्नुपर्ने हुन्छ। *Doctrine of res ipsa loquitur*[198] र कठोर दायित्वको सिद्धान्तका आधारमा हवाई दुर्घटनाबाट भएको हानि नोक्सानीको दायित्व सृजना गर्ने अभ्यास रहेको छ।[199] नेपालमा हवाई सेवामा भएको लापर्बाहीका सन्दर्भमा क्षतिपूर्तिको माग गरी अदालतमा परेका दावीका सन्दर्भमा हवाई दुर्घटना तथा यात्रुलाई जानकारी नदिई गरिएको उडान समय तालिकाको परिवर्तनसँग सम्बन्धित महत्त्वपूर्ण दुईवटा फैसलाको विवेचना गरिएको छ।

(क) *तुंगशमशेर ज.ब.रा. मरी मु.स. गर्ने द्रोणशमशेर ज.ब.रा. विरुद्ध इण्डियन एयरलाइन्स कर्पोरेशन, काठमाडौं* (२०१३)[200]

मुद्दाको तथ्यतर्फ हेर्दा २०१३।२।२ का दिन इण्डियन एयरलाइन्स कर्पोरेशनको हवाईजहाज सिमराबाट उडेको र काठमाडौं गौचर हवाइ मैदानमा ओर्लदा जमिन छुनासाथ दुर्घटना भई आगो लाग्दा एउटा बच्चासहित १४ जना यात्रुहरुको ज्यान समाप्त भयो। तिनीहरुको जिउमा लगाएको र बाकसमा रहेको गहनासमेत नष्ट भई क्षति भएको थियो। उक्त दुर्घटना कुनै यन्त्रको खराबीबाट वा मानिसले सकेसम्मको होसियारीबाट बचाउ गर्न सक्ने शक्तिभन्दा बाहिरको अनियन्त्रित अवस्थाको घटना नभएको, नाबालक केटा केटीलाई हवाईजहाजमा बसाल्न संरक्षकको मन्जुरी नलिएको, दोश्रो टिपको टिकट लिएकोलाई पहिलो टिपमा चढाएको, हवाईजहाजमा स्टेवार्ड नराखेको, हवाईजहाज चालकको लापर्बाहीबाट भएकोले क्षतिपूर्तिको मागदावी रहेको फिराद दावी देखिन्छ। उक्त दुर्घटना पाइलटको भुल गफलतबाट नभएकोले क्षतिपूर्ति बहन गर्न नपर्ने भन्ने प्रतिउत्तरपत्र रहेको देखिन्छ। तह तह फैसला हुँदै सर्वोच्च अदालतको संयुक्त इजलासमा रायबाझी भई पूर्ण इजलासबाट फैसला भएकोमा मुद्दा राजाबाट दोहऱ्याई दिनु भन्ने हुकुम प्रमांगी भई पुनः मिति २०२४।६।६ गते पूर्ण इजलासबाट बहुमतबाट फैसला भएकोमा यस फैसलामा माननीय न्यायाधीश प्रकाश के.सी. ले बिसम्मत राय व्यक्त गर्नु भएको देखिन्छ। प्रस्तुत मुद्दा त्यसपछि पनि तुंग

---

198 यस सिद्धान्तले प्रतिवादीले लापरवाही गरेको अनुमान गरिन्छ र लापरवाही नगरेको भए वा सावधानी अपनाएको भए सामान्य रुपमा दुर्घटना सम्भव थिएन भन्ने मानिन्छ। यस सिद्धान्तले कुनै बस्तु वा घटना आफैमा प्रमाण हो र यस्तो घटनाले आँफै बास्तबिकता चित्रित गर्छ भन्ने मानिन्छ।

199 उदाहरणका लागि अमेरिकाको United States v. Kesinger र Rochester Gas and Electric Corp. v. Dunlo को मुद्दालाई लिन सकिन्छ। https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1367&context= hastings_law_journal.

200 यस मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट तत्कालीन राजाबाट हुकुम प्रमांगी भई पटक पटक दोहोऱ्याएर हेरी फैसला भएको छ। अन्तिम पटक मिति २०२८।६।१ मा सर्वोच्च अदालतमा पेशीका दिन उपस्थित सबै न्यायाधीश सम्मिलित ११ जनाको पूर्ण इजलासबाट फैसला भएको थियो। विस्तृत अध्ययनका लागि ने.का.प. २०२४, निणर्य नं. ३८९ र ने.का.प. २०२९, निर्णय नं. ६९४ हेर्नुहोस्।

शमशेरले चढाएको निवदेन अनुसार पेशी तोकिएको दिनमा हाजिर भएसम्मका न्यायाधीशको फुलबेञ्चबाट एकपटक हेरी रुल नियमबमोजिम निर्णय गरिदिनु भन्ने मिति २०२५।६।११। ५ को हुकुम प्रमांगी भई ११ जना न्यायाधीश सम्मिलित पूर्ण इजलासबाट मिति २०२८।६।१ मा फैसला भएको देखिन्छ। सो फैसलामा माननीय न्यायाधीश विश्वनाथ उपाध्यायसमेतको बिसम्मत राय रहेको देखिन्छ।

प्रस्तुत मुद्दामा विवादित प्रश्नतर्फ हेर्दा कुनै वायुयान दुर्घटनाबाट कुनै व्यक्तिको मृत्यु भएमा निजको हकवालाले नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १२ र दफा १७ को उपदफा आधारमा (१) को क्षतिपूर्तिको दावी गर्न पाउँछ वा पाउँदैन ? भन्ने नै दुष्कृतिको सम्बन्धमा सान्दर्भिक मुख्य विवादित प्रश्न देखिन्छ।[201]

मिति २०२४।६।६ मा माननीय न्यायाधीश प्रकाश के.सी.बाट व्यक्त अल्पमतको रायमा[202] दुष्कृतिका सम्बन्धमा आफ्नो स्पस्ट धारणा व्यक्त गर्नु भएको छ।[203] उहाँले मानिसको मृत्यु भएबापत हकदारले क्षतिपूर्ति दिलाइ पाउँ भनी गरेको नालेस नेपालको न्याय पद्धतिमा अनौठो देखिन आउनु स्वाभाविकै हो। यस किसिमको मुद्दा न त पूरा देवानी भन्न सकिन्छ न त पूरा फौजदारी नै करार गर्न मिल्छ। तसर्थ यस्ता मुद्दाको टर्ट (tort) नामाकरण गरिएको अन्य सभ्य मुलुकहरुको न्याय पद्धतिमा पाइन्छ। टर्टमा दुई किसिमको चोट (Injury) हुन्छ। अतः दुई किसिमको दावी पनि टर्टमा हुन सक्तछ। चोटपटक वा नोक्सान व्यहोर्नु पर्ने वा मरेका व्यक्तिको हकदारले क्षतिपूर्तिको दावी गर्न पाउने र सरकारले दोषीलाई दण्ड सजाय दिने दिलाउन पाउने भनी राय व्यक्त गर्नु भएको देखिन्छ।

माननीय न्यायाधीश प्रकाश के.सीको रायमा चालकको लापर्बाहीले दुर्घटनाको नोक्सानी रोक्न सबै आवश्यक कारवाही भएको थियो वा दुर्घटना रोक्न असम्भव थियो भन्ने कुरा प्रतिवादी पक्षबाट प्रमाणित नभएकोले रिपोर्टको प्रमाणसमेतले चालकको लापर्बाहीले दुर्घटना भएको ठहर्छ भन्दै यसरी लापर्बाहीले दुर्घटना भएकोमा कर्पोरेशनले क्षतिपूर्तिको दायित्व बहन गर्नुपर्ने राय रहेको देखिन्छ। साथै, यस क्रममा थप उल्लेख गर्दै कर्पोरेसनको गफलतले नियमले राख्नुपर्ने सेवक वा सेविकासमेत नराखेको हुँदा यति धेरै मानिसको ज्यान हरण भएको हो भन्ने राय व्यक्त भएको देखिन्छ। यदि कर्पोरेसनले सेवक वा सेविका जहाजमा राखिदिएको भए सम्भवतः सबै यात्रुहरु बाँच्न सक्ने थिए। मर्नेहरुलाई उत्रने समय प्रशस्तै थियो। तर पेटिले सिटमा बाँधिएका मानिसहरुको पेटि खोली नदिएको कारणले र कोही बाहिर निस्केका मानिसहरु आफ्नो धन सम्पत्ति ल्याउनको निमित्त वाकस र मालमत्ता झिक्न लागि बाटो बन्द भएबाट पनि धेरैको दुखद् अकाल मृत्यु हुन गयो। जहाजमा सेवक वा सेविका रहेको भए यो सब हुने थिएन। स्टेवार्ड

---

201 यस मुद्दामा वार्शा कन्भेन्सन तथा हदम्यादसमेतको प्रश्न समावेश भएको थियो। यस लेखमा दुस्कृति सम्बन्धमा चर्चा गर्ने प्रयत्न भएकाले ती प्रश्नमा भएको निर्णय र व्याख्या उल्लेख नगरी मृतकका हकवालाले क्षतिपूर्ति दावी गर्न पाउने वा नपाउने भन्ने प्रश्नका सम्बन्धमा भएको व्याख्यामा मात्र केन्द्रित रहेको छ।

202 ने.का.प. २०२४, निर्णय नं. ३८९।

203 उहाँको रायमा निजी अन्तर्राष्ट्रिय कानून तथा अन्य मुलुकका फैसलाहरुको बारेमा समेत व्याख्या र विश्लेषण गर्नु भएको छ। यहाँ दुस्कृतिसँग सान्दर्भिक पक्षमा मात्र उहाँको राय संक्षेपमा उल्लेख गरेको छु।

रहेको भए धेरै यात्रुको ज्यान बँच्ने थियो भनी संयुक्त जाँच समितिले पनि आफ्नो प्रतिवेदनमा भनेको छ। यसैले दुर्घटना रोक्न असम्भव थियो वा रोक्न आवश्यक कारवाही गरिएको थियो भन्ने जिकिर खम्वीर हुन सक्तैन। यसरी नागरिक अधिकार ऐनको दफा १२ वर्खिलाप ज्यान हरेको मुद्दामा समेत सोही ऐनको दफा १७(१) अनुसार क्षतिपूर्ति दिनुपर्ने समेत हुन आउँछ। त्यस्तो अवस्थामा मृत व्यक्ति स्वयं नालेस गर्न आउने कुरै भएन र त्यस्तो अवस्थामा त्यस्तो मृत व्यक्तिको हकदार वादीहरुलाई समेत उक्त दफा १२ वर्खिलाप काम भएबाट मानिसक एवम् आर्थिक आघातसमेत पुगेकै हुँदा उपरोक्त कानूनी व्यवस्था अन्तर्गत क्षतिपूर्तिको दावी त्यस्तो आघात भएका व्यक्ति वादीहरुले गर्न पाउने नै हुन्छ। अन्यथा उक्त दफा १७(१) को कानूनी व्यवस्था निरर्थक हुने भनी माननीय न्यायाधीश प्रकाश के.सी.ले आफ्नो रायमा व्यक्त गर्नु भएको देखिन्छ।

उहाँबाट व्यक्त यस रायमा लापर्बाहीजन्य दुष्कृतिको मर्म र भावना तथा त्यसमा पाउने उपचारको विषय अन्तरनिहित रहको पाइन्छ। आजभन्दा पचास वर्ष अगाडि गरिएका फैसलामा यस किसिमको विहंगम व्याख्या र न्यायका लागि राखिएको स्पस्ट दृष्टिकोण आज पर्यन्त अनुकरणीय छ। उहाँको यस रायले दुष्कृति र देवानी उपचारको पक्षलाई सम्भ्रान्त बनाउने निश्चित थियो। तर, उहाँका अन्य सहकर्मीहरुको यो कुरा नबुझ्नुमा ठूलो कमजोरी देखिई यो राय अल्पमतमा रहेको कारण निर्णयको रुपमा कायम रहन सकेन भन्ने विश्लेषण हुने गरेको छ।[204] यसरी नै यस मुद्दामा व्याख्याको अवसर हुँदाहुँदै पनि दुष्कृतिको विकास हुने गरी व्याख्या नभएकोले यो विषय ओझेलमा परेको भन्ने विद्वानहरुको दृष्टिकोण रहेको देखिन्छ।[205] यस मुद्दामा एघार जना माननीय न्यायाधीश सम्मिलित पूर्ण इजलासको मिति २०२८। ६।१ को फैसला [206] हेर्दा यसपूर्व सर्वोच्च अदालतको पूर्ण इजलासबाट पटकपटक फैसला भएकोमा पुनः राजाबाट उपस्थित सबै न्यायाधीशले हेर्ने गरी हुकुम प्रमांगी भई फैसला हुँदा प्रधान न्यायाधीश **रत्नबहादुर बिष्टसहित बहुमत न्यायाधीशबाट हकदैया समेतका आधारमा फिराददावी खारेज हुने गरी फैसला भएको देखिन्छ।** बहुमतको रायमा भनिएको छ- “मृत व्यक्तिका हकवालाहरू अधिकार आघात भएको व्यक्ति मानिन नसक्ने हुनाले नागरिक अधिकार ऐनको दफा १२ बमोजिम अधिकार हनन् भएकोमा मृत व्यक्तिको ज्यानवापतको क्षतिपूर्ति हकवालाले दावी गर्न पाउने उक्त दफा १७ (१) ले अधिकार दिएको देखिन आउँदैन”।

---

[204] आनन्दमोहन भट्टराईले भर्डिक्ट, लयर्स फोरम नेपाल, २०७७ अंक १७, पृष्ठ २१९-२० मा लेख्नु भएको छ की, यस मुद्दामा दुस्कृति कानूनबारे माननीय के.सी. ले जे लेख्नुभएको थियो, सो अभावको पूर्ति अब मुलुकी देवानी संहिता मार्फत भएको छ। सो मुद्दामा उहाँले नागरिक अधिकार ऐन, २०१२, दफा १७ को प्रयोग गरी वादीहरुलाई क्षतिपूर्ति दिने जुन प्रयास गर्नुभयो यदी बहुमतले त्यसलाई स्वीकारेको भए क्षतिपूर्तिसम्बन्धी हाम्रो विधिशास्त्र त्यसै समयबाट बिकसित हुन थाल्ने थियो। सो कुरा नबुझ्नुमा उहाँको सहकर्मीहरुको ठुलो कमजोरी देखिन्छ।

[205] डा. राजेन्द्र कुमार आचार्य, दुस्कृति कानून, परिचित छापाखाना, काठमाण्डौ, पृ १९ यसमा उहाँ भन्नहुन्छ यस तुंग शमशेरको मुद्दामा दुस्कृतिको विषयवस्तु रहेकोमा पूर्ण इजलासबाट यो अवधारणा नै स्वीकार गरिएन। उहाँ थप भन्नुहुन्छ यो मुद्दामा भएको निर्णयले दुस्कृतिको निर्मम हत्या भयो। यसरी नै यही पुस्तकको मन्तब्य लेखनका क्रममा पीडित न्यायप्रणालीका प्रणेताका रुपमा परिचित डा शकर कुमार श्रेष्ठले यस फैसलाले दुस्कृति कानूनको भुणहत्या भएको दृष्टिकोण राख्नु भएको छ।

[206] ने.का.प. २०२९, निर्णय नं. ६९४।

बहुमतको यो फैसला दुष्कृति कानूनको विकास हुने गरी नभईकन त्यसतर्फ उदासीन रही फैसला भएको देखिन्छ।

यस मुद्दामा माननीय विश्वनाथ उपाध्यायको राय तथा माननीय झपटसिंह, माननीय सुरेन्द्रप्रसाद, माननीय ब्रह्मदत्त, माननीय त्रैलोक्यराजको सहमति रहेको छ। सो रायमा मृतकको हकवालालाई क्षतिपूर्तिमा दावी गर्ने हकदैया हुने भन्ने दृष्टिकोण माननीय न्यायाधीशहरूको रहेको पाइन्छ। पूर्ण इजलासमा सम्मिलित ११ जनामध्ये वहाँहरु जम्मा ५ जना भई अल्पमतमा भएकाले यो राय फैसलाका रुपमा कायम हुने सकेन। यस रायमा मृतकको हकवालालाई क्षतिपूर्तिमा दावी गर्न पाउने सम्बन्धमा स्पस्ट रुपमा व्याख्या गर्नु भएको देखिन्छ।

यसरी प्रस्तुत अल्पमतको रायमा माननीय विश्वनाथ उपाध्यायले मृतक व्यक्तिका हकमा निजका हकवालाले क्षतिपूर्तिमा दावी गर्न सकिने गरी व्याख्या गर्नु भएको र अन्य चार जना माननीय न्यायाधीशबाट सो रायमा सहमति रहेको देखिन्छ। यस रायमा दुष्कृति भन्ने शब्द कहीँ कतै परेको नदेखिए पनि साविक नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १७ अन्तर्गतको प्रस्तुत क्षतिपूर्तिसम्बन्धी मुद्दा देवानी गल्ती र देवानी दायित्वको मुद्दा हो भन्ने कुरालाई स्पस्ट रुपमा उद्घोष भने गरिएको छ। यसबाट दुष्कृतिको मर्म सन्निहित रहेको प्रतित हुन आउँछ। यस दृष्टिकोणबाट हेर्दा उक्त रायमा साविक नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ मा भएको क्षतिपूर्तिका लागि मृतकको हकवालाले दावी गर्न पाउने गरी भएको व्याख्याले दुष्कृतिसम्बन्धी अवधारणामा जोड दिएको पाइन्छ।

यति एयरलाइन्स प्रा.लि.विरूद्ध उपभोक्ता हित संरक्षण मञ्चको पत्रले रेडियो सगरमाथामा स्टेसन मेनेजरको रूपमा कार्यरत घमराज लुइँटेल[207] मुद्दा हेर्दा १ मार्च २००७ देखि ८ मार्च २००७ सम्मको विराटनगरको रेडियो कार्यक्रम सञ्चालनका लागि सोही मितिमा काठमाडौं-विराटनगर जाने र ८ मार्च २००७ मा विराटनगर-काठमाडौं उडान भर्ने गरी यति एअर लाइन्सको टिकट खरिद गरी आफ्नो टिकट समयअनुसार उडान भर्न १ मार्च २००७ का दिन बिहान ८:३० बजे त्रिभुवन अन्तर्राष्ट्रिय विमानस्थलमा गएकोमा बिहान ९ बजे उडान हुनुपर्ने विमान पहिले नै उडिसकेको र ८ मार्च २००७ मा फर्की आउँदा पनि विराटनगरबाट काठमाडौंको दिउँसो ३ बजेको उडान हुनुपर्नेमा करिब २ घण्टा ढिलो उडानका कारणले १ मार्चदेखि ८ मार्चसम्मको विराटनगरको कार्यक्रम र काठमाडौंमा फर्की सो स्थानमा गर्न सकिने कार्यक्रमसमेत प्रभावित हुन गएकाले सो उडानको अनियमित उडान तालिकाको कारणबाट म निवेदकलाई आर्थिक सामाजिक साख मापनमा रू. १ लाख, विराटनगरको कार्यक्रममा प्राप्त गर्ने पारिश्रमिक रू. २५,०००।- र काठमाडौं पुगी काम गरेबापत प्राप्त हुने रू. १०००।- समेत गरी कूल रू. १,२६,०००।- क्षति हुन गएकोले सो क्षति रकम उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४ को दफा २४ बमोजिम क्षतिपूर्ति दिलाई भराई पाउँ भनी क्षतिपूर्ति समिति काठमाडौंमा पेस भएको निवेदन पेश भएकोमा सो समितिबाट हदम्यादका कारण निवेदन खारेज गरेकोमा पुनरावेदन अदालतबाट एअरलाइन्सबाट रु. १०००।- क्षतिपूर्ति भराउने

207 ने.का.प. २०७५, निर्णय नं. ९९८९।

गरी फैसला भएको पाइन्छ। प्रस्तुत मुद्दामा विवादित प्रश्न खासगरी हदम्यादभित्र उजुरी परे वा नपरेको र उडानमा भएको ढिलाईबापत क्षतिपूर्ति दिने कानूनी व्यवस्था रहे वा नरहेको र टिकटको शर्त विपरीत क्षतिपूर्ति बहन गराउन नमिल्ने भन्ने नै मुख्य रुपमा विवाद रहेको देखिन्छ।

उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४ को दफा २२ मा वस्तु वा सेवा बिक्री वितरण वा प्रदान गरेको कारणबाट कुनै उपभोक्तालाई कुनै पनि किसिमको हानि नोक्सानी हुन गएमा त्यस्तो उपभोक्ता वा संस्थाले क्षतिपूर्ति भराई पाउँ भनी क्षतिपूर्ति समिति समक्ष ३५ दिनभित्र उजुरी गर्नुपर्ने कानूनी व्यवस्था भएको र प्रस्तुत मुद्दाका उजुरकर्ता पुनरावेदक कम्पनीको उडानबाट १ मार्च २००७ मा विराटनगर गई ८ मार्च २००७ मा काठमाडौं फर्कने टिकट खरिद गरी सोहीअनुसार ८ मार्च २००७ अर्थात् २०६३।११।२४ मा काठमाडौं फर्केको भन्ने देखिँदा सोही फर्केको मितिबाटै हदम्याद प्रारम्भ भएको मान्नुपर्ने र उजुरी हदम्याद नाघी दायर भएको भन्न नमिल्ने भन्दै फर्केको मितिबाट हदम्याद प्रारम्भ हुने भनी राय व्यक्त भएको देखिन्छ।

४.२ उत्पादकीय दायित्व

उत्पादन गरिएका सामान गुणस्तरहीन भई उपभोक्तालाई क्षति भएमा त्यस्तो सामान उत्पादन गर्ने संस्थाले क्षतिपूर्तिको दायित्व बहन गर्नुपर्ने दुष्कृति कानूनको मान्यता रहेको हुन्छ। उत्पादकीय दायित्वमा (Product Liability) उत्पादन भएका सामग्रीका कारण भएका नोक्सानीका लागि उत्पादक, बितरक र बिक्रेताले दायित्व बहन गर्नुपर्ने हुन्छ। परम्परागत रुपमा उत्पादन दायित्वसँग सम्बन्धित विवादहरु लापर्बाहीको सिद्धान्तका आधारमा निर्णय गरिने अभ्यास रहेको थियो। अहिले उत्पादन दायित्वको कानूनको विकास भई दुष्कृतिको कठोर दायित्व अन्तर्गतसमेत बिस्तार भएको मानिन्छ।[208] यहाँ उत्पादकीय दायित्वसँग सान्दर्भिक हिमाल सिमेण्ट कम्पनी चोभार काठमाडौंविरुद्ध ध्रुबबहादुर कार्कीको[209] मुद्दामा घरको दोश्रो ढलानमा पाइपद्वारा पानी हाल्दा ढलान प्वाल परी रोडा बालुवा सिन्काले खोस्रिदा पनि खोस्रिने भएकोले सिमेन्ट नसमाई ढलानबाट पानी चुहिने भएकोले ठूलो नोक्सानी पुग्न गई नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा ६(५), ६ र ९ ले प्रदत्त अधिकारमा आघात पुग्न गएकाले क्षतिपूर्ति दिलाइ भराई पाउँ भन्ने समेत व्यहोराको फिराद दावीमा नेपालमा क्षतिपूर्तिसम्बन्धी कानून नै छैन र क्षतिपूर्ति दिलाउन मिल्ने होइन भन्ने प्रतिउत्तर रहेकोमा हिमाल सिमेन्ट कारखानाबाट वादीले क्षतिपूर्ति पाउने ठहर्छ भन्ने व्यहोराको पुनरावेदन अदालत पाटनबाट फैसला भई पुनरावेदन परी सर्वोच्च अदालतको सयुक्त इजलासमा राय बाझेका कारण पूर्ण इजलासमा पेश भएको अवस्था थियो। सो मुद्दाको विवादित प्रश्न हेर्दा मुद्दाको फिराद पुनरावेदन अदालतमा लाग्ने हो होइन ? फिराद हदम्यादभित्र परेको छ छैन ? र वादीलाई भएको क्षतिको प्रतिवादीले क्षतिपूर्तिको दायित्व बहन गर्नुपर्ने हो वा होइन ? भन्ने नै रहेको थियो।

---

[208] https://courses.lumenlearning.com/wmopen-introbusiness/chapter/tort-law-liability-and-damages/ हेरिएको मिति २०७७।१०।१० ।

[209] ने.का.प. २०५८, निर्णय नं. ७०४६ ।

सयुक्त इजलासबाट भएको रायबाझी भैसकेपछि पूर्ण इजलासबाट गुणस्तरहिन सिमेन्ट प्रयोगबाट नोक्सान भएमा क्षतिपूर्ति अधिकारमा आघात हुने भनी व्याख्या भएको पाइन्छ। पूर्ण इजलासबाट "नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा ६ ले प्रचलित नेपाल कानूनको अधीनमा रही नेपाल अधिराज्यभर जुनसुकै भागमा पनि बसोबास गर्ने र घरजम गर्ने, सम्पत्ति आर्जन गर्ने, भोग गर्ने, वेचविखन गर्ने, त्यसैगरी ऐ. को दफा ९ को सम्पत्तिसम्बन्धी अधिकार प्रचलित नेपाल कानूनको अख्तियार विना कुनै व्यक्तिको सम्पत्ति अपहरण गरिने छैन भन्ने व्यवस्था रहेको पाइन्छ। उल्लिखित कानूनी व्यवस्थाहरुलाई दृष्टिगत गर्दा घरको ढलानमा प्रयोग गरिने सिमेन्टको कारणबाट ढलान काम नलाग्ने भै ठूलो नोक्सानी व्यहोर्नु पर्ने अवस्था सृजना हुन्छ भन्ने उल्लिखित ऐनले दिएको सम्पत्तिसम्बन्धी अधिकारमा आघात पुगेको मान्नुपर्ने हुन्छ" भनी व्याख्या भएको छ।

सम्मानित सर्वोच्च अदालतको यस फैसलाले कुनै सामानको प्रयोगबाट नोक्सान परे अधिकारमा आघात परेको मानिने र त्यसरी अधिकारमा आघात परेमा सामान उत्पादन गर्ने कम्पनीबाट क्षतिपूर्ति पाउने गरी स्पस्ट व्याख्या गरेको देखिन्छ। यस फैसलालाई उत्पादकीय दायित्वसँग सान्दर्भिक फैसलाको रुपमा लिन सकिन्छ। उत्पादकीय दायित्वको विषय दुष्कृतिमा लापर्बाही मात्र नभएर कठोर दायित्वकै रुपमा पनि लिइन्छ। यस फैसलामा दुष्कृति नभनिएको भए पनि क्षतिपूर्ति पाउने गरी भएको व्यवस्थाले दुष्कृति उपचारको मर्मलाई प्रतिविम्बित गरेको मान्न सकिन्छ।

४.३ चिकित्सकीय लापर्बाही

दुष्कृतिजन्य दायित्वमा पेशागत लापर्बाहीको कुरा पनि समावेश भएको हुन्छ। कुनै पनि पेशामा रहेको व्यक्तिले पेशाका मानक र मापदण्ड प्रतिकूल हुने गरी वा लापर्बाहीपूर्वक कुनै व्यक्तिलाई हानि नोक्सानी वा अधिकारमा आघात पुगेमा त्यसको दायित्व बहन गर्नुपर्ने हुन्छ। चिकित्सकले उपचार गरेकोमा उपचार सफल नभएको वा बिरामीको मृत्यु भएको कारणले मात्र चिकित्सकीय लापर्बाही हुने अवस्था आउँदैन। चिकित्सकले चिकित्सकीय मापदण्डअनुसार उपचार गरेको छ वा छैन, उपचारमा समुचित सतर्कता अपनाएको छ वा छैन, रोगको गलत निदान गरेको छ वा छैन र गलत उपचार विधि अपनाएको छ वा छैन र बिरामीलाई सही सूचना सम्प्रेषित गरेको छ वा छैन जस्ता विषयहरुका आधारमा चिकित्सकीय लापर्बाही भए नभएको निष्कर्षमा पुगिन्छ। नेपालमा दुष्कृति कै विषय भनी मुद्दाहरु अदालतमा प्रवेश नभएको भए पनि उपभोक्ता संरक्षण ऐनअनुसार क्षतिपूर्ति माग भएको केही मुद्दाहरुमा सर्वोच्च अदालतबाट सिद्धान्त प्रतिपादन भएको अवस्था छ। यहाँ त्यस्ता सिद्धान्तहरु उल्लेख गर्ने प्रयास गरिएको छ।

ब्लुक्रस नर्सिङ होम प्रा.लि. को तर्फबाट मार्केटिङ्ग मेनेजर दिलम्बर श्रेष्ठविरुद्ध सिर्जना के.सी. तथा निजको आमा सरिता के.सी.को हकमा जनहित संरक्षण मञ्चको तर्फबाट भोजराज ऐर[210] भएको मुद्दाको तथ्य हेर्दा सामान्य आँखा दुखेको कारण पीडित सिर्जना के.सी.लाई आँखा अस्पतालमा लगी परीक्षण भएपछि ब्लुक्रस

[210] ने.का.प. २०६६, निर्णय नं. ८२६२।

नर्सिङ होममा रिफर भई डा. डि.बि. शाहले उपचार गरेकोमा निजले लापर्बाही गरेका कारणले गर्दा पीडित बालिकाको शरीर कुरुप भएको र बाँया आँखाको हेर्ने शक्तिसमेत नष्ट भएको हुँदा जम्मा रु. १८,७३,७५०।- भराई पाउँ भन्ने निवेदन र क्षतिपूर्ति बहन गर्नु नपर्ने भन्ने विपक्षीहरुको प्रतिउत्तर रहेको थियो।

यस मुद्दामा निवेदिकाका शरीरमा देखिएका फोकाहरू, छाला कालो भएको, मुख सुन्निएको आदि लक्षण, असरहरू देखिएपछि डाक्टरबाट जाँच हुँदा Tegrital सेवनबाट असर गरेको भन्ने थाहा भएपछि थाहा भएको मितिबाट ३५ दिनभित्र उजुर गरेको हुँदा हदम्याद नाघेको मान्न नमिल्ने भन्दै दफा २२ को हदम्यादको व्याख्या गर्दा डाक्टरले जाँची औषधी Prescribe गरेको दिन वा औषधि खाएको पहिलो दिनदेखि गणना गर्ने होइन, औषधि दिनहुँ खाएपछि लक्षण र असरहरू देखिन थालेको दिनबाट हदम्यादको गणना गर्नुपर्छ। ऐनको व्याख्या गर्दा Purposive व्याख्या गर्नुपर्छ, निरर्थक Frustrate हुने व्याख्या गर्नु हुँदैन। हानि नोक्सानी भएको कुरा जुन बेला जानकारी भयो सोही मितिलाई मुद्दा गर्नुपर्ने कारण सिर्जना भएको मिति मान्नुपर्ने हुन्छ भनी व्याख्या भएको छ।

यसैगरी उक्त मुद्दामा रोग र औषधि सेवन बारे जानकारी दिई औषधि सेवनबाट उत्पन्न हुन सक्ने सम्भावित असरहरूको बारेमा सचेत र सजग नगराए तथा मनासिब होसियारी नपुराए लापर्बाही हुने भनी सिद्धान्त प्रतिपादन भएको छ।

साथै, उक्त मुद्दामा डाक्टरले विरामीलाई 'उपचार गर्ने कार्य' उपभोक्ता संरक्षण ऐनको प्रयोजनको लागि 'सेवा' भित्र परेको कारणले गर्दा डाक्टरले विरामीलाई उपचार गर्दा होस नपुऱ्याएको वा लापर्बाही गरेको प्रमाणित भएमा Tortious Liability अन्तर्गत जरिबाना र क्षतिपूर्ति तथा फौजदारी दायित्व अन्तर्गत Criminal Prosecution को व्यवस्था गरेको देखिन्छ। जसरी सरकारी अस्पतालमा कार्यरत डाक्टरको लापर्बाहीका कारण विरामीलाई क्षति पुगेमा त्यस्तो अस्पताल Tort मा Liable हुन्छ त्यस्तै गरी निजी रुपमा सञ्चालित नर्सिङ्ग होम पनि Liable हुने हुँदा क्षतिपूर्ति भराइदिनुपर्ने भनी ठहर गरेको देखिन्छ।

प्रत्येक बिरामीलाई Right against Medical Negligence को हक प्राप्त हुनुपर्छ र Proven Medical Negligence मा Right to adequate compensation को हकपनि प्राप्त हुनुपर्दछ। त्यस कारणले गर्दा बदलिँदो अवस्था र परिस्थिति तथा डाक्टरले बिरामीको उपचार गर्दा Negligence आदि गरी बिरामीलाई क्षति पुग्न गएमा अस्पताल र डाक्टरलाई विरामीप्रति Accountable बनाउन र डाक्टरले प्रयत्न गर्दागर्दै पनि डाक्टरको काबुभन्दा बाहिरको परिस्थितिको कारण बिरामी मर्न गएको अवस्थामा डाक्टरको Negligence नहुने र डाक्टर दोषी हुन नसक्ने हुँदा Medical Negligence भनी चलेको मुद्दामा Expert Opinion based evidence मा आधारित न्याय र इन्साफ हुनुपर्ने भनी सर्वोच्च अदालतको व्याख्यामा जोड दिइएको थियो। यसरी प्रस्तुत मुद्दामा चिकित्सकीय लापर्बाही के कस्तो अवस्थामा हुने र यस्तो लापर्बाही कसरी पहिचान गर्ने भन्ने सम्बन्धमा यस फैसलामा बिहंगम रुपमा विश्लेषण गरिएको छ। यसका साथै यस फैसलामा

चिकित्सक तथा नर्सिङ होम दुवैको दायित्व रहने स्पस्ट रुपमा बोलिएको छ। चिकित्सकीय लापर्बाहीका विषयमा उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४ अन्तर्गत दायर भएको मुद्दामा नेपालको सर्वोच्च अदालतबाट भएको पहिलो व्याख्याको रुपमा प्रस्तुत फैसलालाई लिन सकिन्छ।

राजिया खातुनको हकमा ऐ.को एकाघरको ससुरा नेसार अहमद मियाँविरूद्ध प्रत्यर्थी पृथ्वीचन्द्र अस्पताल, रामग्राम, नवलपरासी तथा सोमा कार्यरत डा.प्रमोद पौडेलसमेत[211] को मुद्दाको तथ्य हेर्दा सकुशल जन्मेको बच्चा स्वास्थ्य सेवा गलत एवं लापर्बाहीपूर्वक शल्यक्रिया गरी स्वास्थ्यमा प्रतिकूल असर पुऱ्याई गम्भीर खतरा उत्पन्न गरी मर्ने बाँच्ने दोसाँधमा पारी बुटवल आम्दा अस्पतालमा रिफर गरेको, सो अस्पतालले पनि उपचार गर्न नसक्ने भनी जवाफ दिएपछि लुम्बिनी अञ्चल अस्पताल तथा भैरहवा स्थित टिचिङ अस्पतालमा लगी उपचार गराउँदा त्यहाँ समेत उपचार गर्न नसक्ने भनी जवाफ दिएकाले भारत गोरखपुरमा लगी उपचार गराउँदा पनि विपक्षीहरूले गलत एवं लापर्बाहीपूर्वक गरेको शल्यक्रियाबाट उत्पन्न शारीरिक स्वास्थ्य नसुध्रिएकाले बुहारीको मृत्यु हुन गएकाले रु. १२,१९,६००।- क्षतिपूर्ति दिलाई पाउँ भन्ने निवेदन र लापर्बाही नगरेको भन्ने प्रतिवादीहरुको जिकिर रहेकोमा रु. ४५,०००।- क्षतिपूर्ति भराइदिने गरी क्षतिपूर्ति समितिबाट भएको निर्णय चिकित्सामा र हेरचाहमा लापर्बाही गरेको वा गलत उपचार गरेको कुरा प्रमाणित हुन नसकेको भनी उल्टी गरी क्षतिपूर्ति भराउन नपर्ने गरी पुनरावेदन अदालत बुटवलबाट भएको फैसला भई सर्वोच्च अदालत नरावेदन अदालत बुटवलको मिति २०६६।०३।०८ को फैसला मिलेको नदेखिँदा उल्टी भई पृथ्वीचन्द्र अस्पतालबाट निवेदक नेसार अहमद मियाँले रू.४५,०००।- क्षतिपूर्तिबापत पाउने ठहऱ्याएको जिल्ला क्षतिपूर्ति समिति नवलपरासीको मिति २०६५।०३।२२ को निर्णय मनासिब ठहर भएको भनी फैसला भएको देखिन्छ।

कुनै विवादमा उजुर गर्ने हकदैया उक्त विवादबाट पीडित वा प्रभावित व्यक्तिलाई प्राप्त हुन्छ। प्रस्तुत मुद्दामा राजिया खातुनको हकमा भने निजका एकाघरका ससुरा नेसार अहमद मियाँले राजिया खातुनको उपचार गर्दा लापर्बाही गरेको भनी उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४ को दफा ६, २२ र २४ अन्तर्गत क्षतिपूर्तिको दाबी गरी उजुरी गरेको देखिन्छ। प्रस्तुत विवादमा हकदैयासम्बन्धी निरूपणको निर्धारण गर्दा उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४ को दफा २२ को मात्र चर्चा नगरी संविधान र उक्त ऐनका व्यवस्थाहरूको समग्रमा अध्ययन र विश्लेषण गरी गरिनु पर्ने हुन्छ भन्दै दफा २२ मा "उपभोक्ता संस्था" ले उजुरी गर्ने कुरा उल्लेख भएकोबाट उपभोक्ता स्वयं वा उसको परिवार वा हकवाला वा संरक्षकले उजुरी गर्न सक्ने हो वा होइन भन्ने विषयमा पुनरावेदन अदालतले संशय उठाएको छ पाइन्छ। यस सन्दर्भमा हेर्दा, ऐनले गरेको उपभोक्ताको संरक्षणसम्बन्धी व्यवस्था, वर्जित गरेका कार्यहरू र ऐनको दफा २(क) मा उपभोक्ता शब्दको परिभाषामा "व्यक्ति वा संस्था" दुवै राखिएको अवस्था तथा गुणस्तरहीन वस्तु वा सेवाको वितरणबाट असर पर्ने पीडितहरूको सामाजिक र शैक्षिक स्थितिसमेतलाई मध्यनजर गर्दा उपभोक्ता संस्थाले उजुर गर्ने भन्नाले उपभोक्ता संस्थाले मात्र उजुर गर्न पाउने भनी संकुचित अर्थ गर्न नमिल्ने भन्दै यसो गर्दा वास्तविक पीडितले उजुर गर्न नपाउने भई उपचार विहीनताको स्थितिको सृजना हुन्छ। बरू पीडित उपभोक्ता, उसको

[211] ने.का.प. २०७५, निर्णय नं. १००६१।

परिवार र सोको अतिरिक्त उपभोक्ता संस्थाले समेत उजुर गर्न पाउने व्यवस्था गरिएको रहेछ भनी अर्थ गर्दा पीडित र पीडितको परिवारले उजुर गर्न पाउने र कुनै कारणवश पीडितले उजुर गर्न नपाउने वा नसक्ने अवस्था परेमा वा सार्वजनिक हक वा सरोकारको विषय उत्पन्न भएमा उपभोक्ता संस्थासमेतले उजुर गर्न पाउने हुन्छ। परिणामतः एउटा सम्यक व्यवस्था कायम भई संविधान र ऐनले प्रत्याभूत गरेका अधिकारहरू उपभोग गर्न सकिने हुन्छ। ऐनले अधिकार प्रत्याभूत गरेको छ, उपचारको मार्ग पनि तोकेको छ, तर पीडित र पीडितसँग जोडिएका व्यक्तिहरूले उपचार खोज्ने हकदैया भने राख्दैनन् भन्ने अर्थ गर्दा अधिकारहरू निरर्थक हुन जान्छन्। उपभोक्ता सार्वभौम हुन्छन् भन्ने मान्यतामा आधारित उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४ को यस्तो उद्देश्य हुनसक्छ भनी कदापि मान्न सकिँदैन भनी पीडित मृतक राजिया खातुनको ससुराले क्षतिपूर्तिको माग गरी उजुरी गर्न पाउने देखिँदा क्षतिपूर्ति समितिमा गरेको उजुरीलाई हकदैयाविहीन मान्न मिलेन भनी ऐनले अधिकार प्रत्याभूत र उपचारको मार्ग तोकेकोमा पीडित र पीडितसँग जोडिएका व्यक्तिहरूले उपचार खोज्ने हकदैया हुने भन्ने सिद्धान्त प्रतिपादन गरेको पाइन्छ।

यसका साथै सेवा प्रदान गर्न स्वीकार गरिएको व्यक्तिको सेवा प्रदान गर्नु चिकित्सकको प्रत्यक्ष दायित्व (Direct Liability) भित्र पर्छ भने त्यस्तो सेवा सुनिश्चित गर्नु चिकित्सक कार्यरत रहेको वा पीडितले सेवा उपभोग गरेको अस्पताल वा स्वास्थ्य केन्द्रको अप्रत्यक्ष दायित्व (Vicarious Liability) बन्दछ भनी फैसलामा उल्लेख भएको पाइन्छ।

प्रा. डा. बुलन्द थापाविरूद्ध सुष्मा थापा[212] मुद्दाको तथ्यतर्फ हेर्दा सामान्य अप्रेशन गरेर हटाउन सकिनेमा विपक्षीद्वारा ट्युमर अप्रेशन गर्ने क्रममा असावधानिका कारण Deep Profundus Artery Vessel काटिएको कारणले पीडितको खुट्टा Gangrene हुँदै आएको अवस्थालाई बेवास्ता गरी परीक्षण बिना Thrombosis भयो भनी Exact Site पत्ता नलगाई हचुवाको भरमा दुई चोटी खुट्टा काटिनु, बिरामीको औंलामा Gangrene भएको देखिनासाथ औंला मात्र काटेर उपचार हुन सक्थ्यो कि भन्नेतर्फ ध्यान नदिई ६ हप्तामा ठिक हुने झुट्टो आश्वासन दिनु, कार्यक्षमताको अभाव देखिनु र चिकित्सकबाट बिरामी पूरै उपेक्षित हुनु जस्ता त्रुटिहरू भएका कारण महत्त्वपूर्ण चिकित्सकीय कर्तव्यको रूपमा रहेको ड्युटी अफ केयरको गम्भीर उल्लङ्घन भएकोले क्षतिपूर्ति भराई पाउँ भन्ने निवेदन र लापर्बाहीमा प्रतिवादी इन्कार रहेको, क्षतिपूर्ति समितिबाट क्षतिपूर्ति भराउने गरी भएको फैसला पुनरावेदन अदालतबाट सदर भएकोमा प्रतिवादीको सर्वोच्च अदालतमा पुनरावेदन परेकोमा सर्वोच्च अदालतबाट सदर गरी फैसला भएको अवस्था देखिन्छ।

यस्तै परोपकार प्रसूति तथा स्त्रीरोग अस्पताल विकास समिति, थापाथलीको तर्फबाट ऐ.को अख्तियारप्राप्त अमरनाथ अमात्यविरूद्ध सुब्बा पुलामी मगर[213] भएको मुद्दाको तथ्यतर्फ हेर्दा विपक्षी प्रसुति गृहमा जन्म भएको बच्चालाई उपचारको क्रममा प्रयोग गरेको औषधि र नाबालकलाई सुई दिँदा प्रयोग गरेको पद्धति, उचित पर्याप्तरूपमा हेरचाह र वास्ता नगरी लापर्बाही गरी उपचार गरेको कारणले गर्दा नाबालकको देब्रे

---

212 ने.का.प. २०७४, निर्णय नं. ९८१४।

213 ने.का.प. २०७५, निर्णय नं. ९९२७।

खुट्टा काटी अपाङ्ग बनाई हानि नोक्सानी पुऱ्याएकोले विपक्षीहरूबाट उपचार खर्च, औषधि खर्च, शारीरिक अपाङ्गताबापत तथा मानसिक क्षतिबापत क्षतिपूर्ति दिलाई पाउँ भन्ने निवेदन र बच्चा Premature Vaginal Delivery भएको, बिरामीको अभिभावकको हैसियतमा यिनै उजुरीकर्ताको मन्जुरीमा उपचार गरिएको, बच्चीको देब्रे खुट्टाको तल्लो एक तिहाई भाग निलो भएको र त्यस्तो केसको उपचार यस अस्पतालमा नहुने भएकोले सोको उपचारको लागि कान्ती अस्पताल रेफर गरेको र मिति २०६५।११।२ मा बिरामी डिस्चार्ज गरिसकेको अवस्थामा बच्चीको खुट्टाको उपचारको जानकारी नभएको हामीबाट उपचारमा कुनै लापर्बाही तथा हेलचेत्र्याइँ नभएको भन्ने प्रतिउत्तर जिकिर रहेकोमा क्षतिपूर्ति समितिबाट क्षतिपूर्ति भराउने गरी भएको फैसला सदर गरी पुनरावेदन अदालत पाटनबाट भएको फैसला उपर सर्वोच्च अदालतबाट दोहऱ्याई हर्दा विभिन्न विषयमा व्याख्या भई पुनः निर्णय गर्न उच्च अदालत पाटनमा फिर्ता भएको देखिन्छ।[214]

त्यसैगरी परोपकार प्रसुति तथा स्त्रीरोग विकास अस्पतालविरुद्ध करुणा अधिकारीका हकमा सूर्य कुमारी अधिकारी[215] भएको मुद्दाको तथ्यतर्फ हेर्दा गर्भवती रहेको बेलादेखि विपक्षी अस्पतालमा परीक्षण गराएको, सुत्केरी हुने मिति नजिकिँदा अस्पतालमा भर्ना गरी अप्रेशन गर्नुपर्ने भनी डिस्चार्ज गरेको र पुनः भर्ना भई अप्रेशन गरिदिनुस् भन्दा बेवास्ता गरी लापर्बाहीपूर्वक भ्याक्युम (Vacuum) प्रयोग गरी छोरीलाई जन्म दिएको र सोही कारणले बच्चाको बायाँ हात गोडा बाङ्गो भएको बायाँ भाग नचल्ने र निधार नाकलगायतका अंगमा चोट लागेको हुँदा प्रतिवादीहरुबाट क्षतिपूर्ति दिलाई पाउँ भन्ने निवेदन रहेको परी क्षतिपूर्ति समितिबाट रु. ५,००,०००।- भराउने गरी भएको निर्णय पुनरावेदन अदालतबाट सदर भई सर्वोच्च अदालतबाट समेत सदर भएको अवस्था देखिन्छ।

प्रस्तुत मुद्दामा लापर्बाहीको पहिचानका आधारको रुपमा Duty of Care रहने भनी सम्मानित सर्वोच्च अदालतबाट सिद्धान्त प्रतिपादन गर्दै रोगीको उपचार गर्दा कुनै चिकित्सक र सोसँग सम्बन्धित संस्थाले Negligence गरेको छ वा छैन भन्नेतर्फ विचार गर्दा मूलतः बिरामीलाई हेरचाह गर्नुपर्ने सेवा प्रदान गर्नुपर्ने दायित्व Duty of care को समुचित प्रयोग भएको छ वा छैन र डाक्टरले गरेको कार्य र निस्किएको परिणामबीच सिधा सम्बन्ध (Direct Casual Relation) छ वा छैन भन्ने कुरा निश्चल र न्यायोचित रुपबाट मूल्यांकन गर्नुपर्ने हुन्छ। अप्रेशन गर्न अनुरोध गर्दा गर्दै पटक पटक भ्याक्युम प्रयोग गरेका कारण बच्चाको नसा आदिमा प्रतिकूल असर परेको भनी बोलिएको देखिन्छ।

चिकित्सासम्बन्धी कार्य गर्नको लागि दुईवटा आधारभूत सिद्धान्त पालना गर्नुपर्ने हुन्छ।

---

214 हाल यो मुद्दा उच्च अदालत पाटनमा बिचाराधिन रहेकाले यसको अन्तिम निर्णय भएको छैन। सर्वोच्च अदालतले केही विषयमा व्याख्या गरेकाले अध्ययन तथा प्राज्ञिक रुपमा मद्दत पुग्ने भएकाले उल्लेख गरिएको छ। साथै बिचाराधीन विषय नै रहेकाले यसमा लेखकको कुनै धारणा व्यक्त नगरी फैसलामा उल्लेख भएका कुराहरु मात्र प्रस्तुत गरेको छु।

215 ने.का.प. २०७६, निर्णय नं. १०३७७।

- <u>Professional Standard of Care:</u> यस सिद्धान्तअनुसार पढाई र पेसाले डाक्टर बिरामीको उपचारप्रति प्रतिबद्ध रहने र डाक्टरले पढेको विद्या ज्ञान, सिप विद्याका आधारमा बिरामीको सर्वोत्तम हित चिताई उपचार गर्नुपर्ने हुन्छ।
- <u>Doctrine of Informed Consent:</u> मानिस चेतनशील प्राणी हुनुको साथै विवेकशील प्राणी पनि हो जसले आफ्नो बारेमा आफैंले निर्णय गर्न पाउनुपर्छ। बिरामीले पनि आफ्नो उपचारको सम्बन्धमा पूर्ण सहमति प्रदान गरिएको हुनुपर्छ। बिरामी र डाक्टरको छलफलपछि बिरामीलाई लागेको रोग, त्यसको उपचार, विकल्प र उपचार गर्दा वा नगर्दा हुने परिमाणबारे जानकारी गराई बिरामीको सहमतिपछि मात्र उपचार गर्नु उपयुक्त हुन जाने देखिन्छ। जसअनुसार बिरामीको सहमतिअनुसार (Doctrine of Informed Consent) उपचार गर्न उपयुक्त प्रणाली अपनाउनु पर्ने हुन्छ।

त्यसैगरी अस्पताल र चिकित्सक दुवैको दायित्व हुने भनी प्रस्तुत मुद्दामा यस प्रकार व्याख्या भएको छ। उपचार गर्दा साधारण मानवीय विवेकसमेतको प्रयोग नगरी व्यक्तिको मानव जीवन, मूल्य र मान्यता विपरीत उपचार गरेका चिकित्सकले बिरामीलाई उपचार गर्दा पुऱ्याउनुपर्ने न्यूनतम विचार र चिकित्सकीय पद्धतिसमेत अवलम्बन नगरी लापर्बाही गरी उपचार गरेबाट वादी सूर्यकुमारी अधिकारी र निजबाट जन्मिएकी छोरीलाई मानसिक र शारीरिक अपाङ्गतासम्बन्धी क्षति पुगेको देखिन्छ। तसर्थ यस्तो अवस्थामा अप्रत्यक्ष रुपले अस्पतालको लापर्बाही भएको थिएन भन्न सकिने अवस्था रहेन। चिकित्सकले पूर्ण रुपले अपनाउनुपर्ने संयमता प्रविधि नपुऱ्याएको कारणबाट बिरामीलाई प्रतिकूल असर परेको देखिन्छ। सेवाग्राहीले उपभोग गरेको सेवा प्रदाय निकाय अस्पतालमा कार्यरत प्रत्यक्ष दायित्व भएका चिकित्सक र अप्रत्यक्ष दायित्व भएको अस्पताल दायित्वबाट पन्छिन नमिल्ने भनी व्याख्या गरिएको पाइन्छ।

४.४ गलत अभियोजन (Malicious Prosecution)

कुनै पनि उचित र तर्कसँगत कारणबिना कुनै पनि व्यक्तिलाई झुठ्ठा रुपमा अदालतमा मुद्दा चलाउने कुरालाई गलत अभियोजन भनिन्छ। अपराध गर्ने व्यक्तिलाई मुद्दा चलाइन्छ तर मुद्दा चलाउनै नपर्ने अवस्थामा झुठ्ठा कुराका आधारमा अभियोजन गरिन्छ भने त्यो गलत अभियोजन हो। यो कुरा देवानी मुद्दामा पनि आकर्षित हुन्छ। यस्तो अवस्थामा झुठ्ठा मुद्दामा लगाइएको कारण कानूनी अधिकारमा दखल पुगी क्षति व्यहोर्नु परेको व्यक्तिले क्षतिपूर्ति प्राप्त गर्ने हक राख्दछ। दुष्कृति कानूनले झुठ्ठा रुपमा मुद्दा चलाउने वा अभियोजन गरिएमा त्यसको उपचार प्रदान गर्छ। यसैले दुष्कृति कानूनका माध्यमबाट झुठ्ठा अभियोजनलाई निरुत्साहन गर्न सहयोग पुग्ने अपेक्षा गर्न सकिन्छ। यही कारणले दुष्कृतिले कुनै अपराध भएमा व्यक्तिको मुद्दा चलाउने अधिकारको सरक्षण र निर्दोष व्यक्तिलाई मुद्दा चलाउने वा अभियोजन गरिने कार्यलाई निषेध गरी नागरिक अधिकारको संरक्षणमा सन्तुलन कायम गर्न मद्दत पुग्ने अपेक्षा गरिन्छ। यस किसिमको झुठ्ठा अभियोजनको कुरा वादीले प्रमाणित गर्नुका साथै यस्तो अभियोजनका कारण क्षति पुगेको कुरा स्थापित गरिनु पर्छ।[216] गलत अभियोजनमा कतिपय मुलुकमा क्षतिपूर्ति भराउने गरी अदालतबाट

[216] http://www.legalserviceindia.com/article/l337-Malicious-Prosecution-under-Law-of-Tort.html हेरिएको मिति २०७७।१०।१० ।

फैसला हुने गरेको पाइन्छ।[217] नेपालमा हाल मुलुकी अपराध संहितामा कानूनबमोजिम अनुसन्धान वा अभियोजन गर्ने जिम्मेवारी भएको अधिकारीले निर्दोष व्यक्तिलाई फसाउने वा वास्तविक कसुरदारलाई जोगाउने मनसायले बदनियतपूर्वक अनुसन्धान गर्न वा अभियोग लगाउन नहुने र यसरी अभियोग लगाएमा सजायका अतिरिक्त कसुरबाट भएको हानि, नोक्सानी क्षतिपूर्ति भराई लिन सक्ने व्यवस्था रहेको छ[218] यस कानूनअनुसार हालसम्म यस्तो विवाद प्रवेश भई सर्वोच्च अदालतबाट फैसला भइसकेको अवस्था छैन। तथापि सन्दर्भवश झुठ्ठा अभियोजनसँग सम्बन्धित कानून जारी हुनुभन्दा पहिलेको फैसला यहाँ उल्लेख गर्न उपयुक्त देखिन्छ।

खुलबहादुर कुँवरविरूद्ध जिल्ला प्रहरी विशेष अदालत, हाल जिल्ला प्रशासन कार्यालय, काठमाडौंसमेत[219] मुद्दाको तथ्यको तथ्यतर्फ हेर्दा नेपाल प्रहरीमा कार्यरत यी खुलबहादुर कुँवर तथा यज्ञ बहादुर के.सी.लाई वि.सं. २०४४ सालमा दुई थान रिभल्बर कम भएको भनी चोरीको अभियोग लगाई प्रहरी विशेष अदालतबाट फैसला भई मिति २०४८ सालसम्म थुनामा राखिएकोमा सो रिभल्भर अर्कै व्यक्ति घनश्याम अधिकारीले चोरी गरेको खुल्न आएपछि प्रहरी क्षेत्रीय विशेष अदालतमा पुनरावेदन गरेकोमा हदम्यादका कारण खारेज गरेकोमा क्षतिपूर्तिसमेतको माग गरी सर्वोच्च अदालतमा रिट दायर गरेको अवस्था देखिन्छ। प्रस्तुत मुद्दामा निर्दोष व्यक्तिलाई आरोपित गरी थुनामा राखेको तथा सेवाबाट अवकाश दिएको कारण भएको क्षतिमा क्षतिपूर्ति पाउने हुन्छ वा हुँदैन भन्ने समेतका[220] प्रश्नहरु समावेश भएका थिए।

प्रस्तुत मुद्दामा निवेदक राष्ट्रसेवक प्रहरी कर्मचारीको रूपमा कार्यरत रहेकै अवस्थामा आफूले गर्दै नगरेको रिभल्वर चोरीको अभियोगमा अन्यायपूर्ण तवरबाट थुनामा राखी, स्वच्छ सुनुवाइको अवसरबाट वञ्चित गरी, जबरजस्ती रूपमा कैद सजाय गरिएकोमा कैद भुक्तान गरी निस्किसकेपछि उक्त रिभल्वर चोरी कार्यमा अर्को व्यक्ति संलग्न रहेको भनी सप्रमाण पुष्टि हुन आएको अवस्थामा सम्मानित सर्वोच्च अदालतबाट निर्दोष हुँदाहुँदै राज्यका निकायहरुको लापर्बाहीपूर्ण काम कारबाहीबाट कैदमा बस्नु परेमा राज्यले क्षतिपूर्ति बहन गर्नुपर्ने भनी सिद्धान्त प्रतिपादित भएको देखिन्छ।

---

217 उदाहरणका लागि भारतको बम्बई उच्च अदालतको फैसला *Vishweshwar Shankarrao Deshmukh v. Narayan Vithoba Patil, फैसला मिति ६ मई,* २००४ लिन सकिन्छ। हेर्नुहोस https://indiankanoon.org/doc/890372/

218 मुलुकी अपराध संहिता, २०७४, दफा ९९।

219 ने.का.प. २०७६, निर्णय नं. १०२५०।

220 निवेदकलाई रिभल्वर चोरीको अभियोगमा दोषी ठहर गरेको मिति २०४५।५।२४ को जिल्ला प्रहरी विशेष अदालत काठमाडौंको फैसला तथा सो फैसलालाई सदर गरेको मध्यमाञ्चल क्षेत्रीय प्रहरी विशेष अदालत पाटनको मिति २०६९।११।११ को फैसलामा कानूनको प्रत्यक्ष त्रुटि भएको छ वा छैन? र निवेदकलाई रिभल्वर चोरीको अभियोगमा पक्राउ गरी अनुसन्धान गर्दादेखि मुद्दाको फैसला गर्दासम्मको चरणमा प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्तको पालना एवम् स्वच्छ सुनुवाइको मौका दिइएको थियो वा थिएन? भन्ने विषय पनि समावेश भएका थिए। यी प्रश्नका सन्दर्भमा निवेदकलाई सुनुवाइको मौकासमेत दिएको नदेखिँदा प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त एवम् स्वच्छ सुनुवाइको सिद्धान्तको समेत विपरीत भएको पुष्टि हुन आएकोले उल्लिखित फैसलाहरू उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर हुने ठहर भएको थियो।

प्रहरी सेवामा रहँदाकै अवस्थामा गलत रूपमा गरिएको अनुसन्धान, अभियोजन एवम् न्याय सम्पादनको परिणामस्वरूप रिट निवेदक कैदमा बस्नु परी प्रहरी सेवाको पदबाट समेत हटाइएको अवस्था छ। रिट निवेदक उपर भएको अन्यायपूर्ण कार्यको बदलामा कुनै पनि मौद्रिक क्षतिपूर्तिले भरिपूरण हुने अवस्था छैन, परन्तु क्षतिपूर्ति स्वरूप निजलाई उल्लिखित चोरीको अभियोगमा थुनामा राखिएको मितिदेखि निज अवकाश हुने मितिसम्मको निजले कानूनबमोजिम प्रहरी सेवामा रहँदा प्राप्त हुने तलब भत्ता र निवृत्तिभरणसमेतको सुविधा प्रदान गर्दा न्यायपूर्ण हुने देखिएकाले उपर्युक्तानुसार निजले प्राप्त गर्ने तलब, भत्ता र अन्य सुविधा प्रदान गरी निजले कानूनबमोजिम प्राप्त गर्ने निवृत्तिभरणको रकमसमेत यो आदेश प्राप्त भएको मितिले २ (दुई) महिनाभित्र निवेदकलाई उपलब्ध गराउनु भनी विपक्षीहरूको नाममा परमादेशसमेत जारी गरिदिएको छ।

यस फैसलामा झुठ्ठा अभियोजनको क्षतिपूर्ति नै दिलाउने निर्णय भएको त देखिँदैन तर पीडितले प्रहरी सेवामा रहे सरह अवकाश पाउने मितिसम्मको तलब भत्ता र सुविधा पाउने फैसला भएकाले अप्रत्यक्ष रुपमा अकारण मुद्दा दायर भएबाट सेवाबाट वञ्चित हुनु परेका कारण भएको क्षतिलाई भने पूर्ति गर्न सकेको अवस्था छ। दुष्कृतिका सन्दर्भमा अदालतको व्याख्याबाट पीडितले उपचार पाएको अवस्था देखिन्छ। यसका साथै यसले राज्यका अधिकारीबाट भएको त्रुटिमा समेत राज्यको दायित्व हुने कुरालाई समेत स्थापित गरेको देखिन्छ।

४.५ गैरकानूनी कारावास

अपराध गर्ने व्यक्तिलाई कानूनबमोजिम सक्षम अदालतले ठहर भएको कैद सजाय भुक्तान गर्नु आवश्यक हुन्छ। यस्तो अवस्थामा थुना वा कैदमा रहेको कुरालाई कानून बिपरीत मानिदैन। तर सक्षम अदालतको आदेशानुसार पुर्पक्षका लागि वा सक्षम अदालतको सजाय ठहर बिना वा सक्षम अदालतले ठहर गरेको अवधिभन्दा बढी अवधि कैदमा राखिने कुरा गैरकानूनी हुन्छ। गैरकानूनी थुनालाई बन्दीप्रत्यक्षीकरणको उपचार त प्राप्त हुन्छ नै त्यसका अतिरिक्त यस्तो थुना दुष्कृति कानूनको विषय बनी क्षतिपूर्तिको उपचारको विषय पनि समाबिष्ट हुन्छ। गैरकानूनी कारावासमा राखिएको कुरा दुष्कृति कानूनमा कठोर दायित्वको रुपमा लिइन्छ। यस्तो गैरकानूनी थुनालाई मनसाय नभएको भनी जिकिर लिन मिल्दैन। नेपालमा गैरकानूनी थुना भएमा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी भएको देखिन्छ तर क्षतिपूर्ति भराउने कुरा खासै भएको देखिँदैन। अदालतबाट भएको कैद सजायको अवधिभन्दा बढी अवधि थुनामा राखिएको एउटा मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट भएको फैसला यहाँ उल्लेख गरिएको छ। पदममाया गुरूङविरूद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयसमेत[221] मुद्दामा तथ्यलाई हेर्दा निवेदकलाई कर्तव्य ज्यान मुद्दामा धनकुटा जिल्ला अदालतबाट दश वर्ष कैद सजाय भई पुनरावेदन अदालतबाट विराटनगरबाट सदर भएकोमा सर्वोच्च अदालतबाट पाँच वर्ष कैद सजाय ठहर भएको भन्दा बढी अवधि थुनामा राखेकोमा क्षतिपूर्ति दिलाई पाउँ भन्ने परमादेशको रिट दायर भएको छ।

---

[221] सर्वोच्च अदालत बुलेटिन, २०७६, कार्तिक, पूर्णाङ्क ६५५, पृष्ठ ५।

प्रस्तुत मुद्दामा सम्मानित सर्वोच्च अदालतबाट भएको कैद सजायभन्दा बढी थुनामा राखे क्षतिपूर्ति दिनु राज्यको दायित्व हुने भनी सिद्धान्त प्रतिपादन भएको छ। यस मुद्दामा "कुनै निकाय वा अधिकारीको लापर्बाहीको दायित्व उनाउ व्यक्तिले बहन गर्नुपर्ने परिस्थिति सृजना हुनु कानून बिपरीतको कार्य हो। अड्डा अदालतको हेलचेक्र्याइँबाट कुनै पनि व्यक्तिको बैयक्तिक स्वतन्त्रतामा आँच आउनु हुँदैन। यस्तो अवस्थामा कानूनी व्यवस्था नभएकै कारणबाट वञ्चित हुनुपर्ने स्थिति न्यायिक हुँदैन। बढी अवधि कैदमा बस्नुपरी बैयक्तिक स्वतन्त्रताको हरण भएको अवस्थामा कानून नभएको कारणले न्याय मर्न दिनु हुँदैन। निजलाई न्यायको अनुभूति दिलाउन गैरकानूनी थुनाबापत क्षतिपूर्ति दिनु राज्यको कर्तब्यभित्र पर्ने देखिन्छ। कानूनबमोजिम स्थापित राज्यका निकाय वा सो निकायमा नियुक्त राज्यका अधिकारीबाट नागरिकको स्वतन्त्रतामा आँच आउने गरी गैरकानूनी रुपमा थुनामा राखेबापत क्षतिपूर्ति दिनु राज्यको दायित्व अन्तर्गत पर्न आउँछ" भन्दै कुनै पनि नागरिकलाई अभियोग प्रमाणित भएमा हुन सक्ने अधिकतम कैदको सजायको अवधिभन्दा बढी अवधि थुनामा राख्नु संवैधानिक एवम् कानूनी व्यवस्थाको प्रतिकूल देखिएको हुँदा निवेदक सर्वोच्च अदालतको मिति २०५१।२।५ को फैसलाले लागेको कैद वर्ष ५ मात्र कैदमा बस्नुपर्नेमा ५ वर्ष ६ महिना ७ दिन बढी अवधि कैदमा बसेको देखिएकाले कैद बसेको अवधिको प्रतिदिन रु. तीन सयका दरले हुन आउने छ लाख तीन हजार छ सय रूपैयाँ निवेदकलाई क्षतिपूर्तिबापत भराई दिनु भनी नेपाल सरकारका नाममा परमादेश जारी हुने भनी बोलिएको देखिन्छ।

यस फैसलाले राज्यका अधिकारीका कारण कुनै व्यक्ति बढी अवधि थुनिन परेमा उसको स्वतन्त्रतामा पुग्न गएको क्षतिका सम्बन्धमा संवैधानिक एवं कानूनी रुपमा राज्य जिम्मेवार हुनुपर्ने स्पस्ट रुपमा उद्घोष गरिएको छ। यस फैसलाले दुष्कृति नभनेको भए पनि क्षतिपूर्ति प्रदान गर्ने गरी गरिएको निर्णयमा दुष्कृतिको मर्म र भावना प्रतिबिम्बित भएको देखिन्छ।

४.६ संक्रमणकालीन न्यायका सन्दर्भमा क्षतिपूर्ति

संक्रमणकालीन न्यायको संवोधनको माध्यममा पीडितको परिपूरण पाउने अधिकार एक महत्त्वपूर्ण अधिकारको रुपमा लिइन्छ र त्यसको प्रत्याभूति राज्यको दायित्व हुन्छ। परिपूरण बृहत अवधारणा हो र यसमा यो केवल आर्थिक क्षतिपूर्ति मात्र होइन। परिपूरण पीडितको सन्टुष्टिसँग गासिएको विषय हो। यसैले परिपूरणमा सत्य र अवस्थाको जानकारी, पीडा भन्न र सुनाउन पाउने अवस्था, पीडकलाई सजाय र पीडितलाई न्याय, पीडकलाई कारवाही हुन्छ भन्ने राज्यप्रतिको विश्वास राज्यको ब्यवहार, दीर्घकालीन सम्झना, स्वास्थ्य हेरचाह, शिक्षा, सन्ततिवृत्ति रोजगारी, तालिम, ऋण सुविधा, सापटी, मनोसामाजिक विमर्श, आधारभूत आवश्यकताको परिपूर्ति, सामाजिक प्रतिष्ठाको पुनस्थापना र भौतिक पुनर्स्थापना आदि विषय समावेश हुन्छन्। नेपालमा विगतमा भएको सशस्त्र द्वन्द्वका समयमा भएको घटनाबाट पीडित व्यक्तिहरुलाई क्षतिपूर्ति तथा राहत प्रदान गर्ने सम्बन्धमा केही फैसलाहरु भएको देखिन्छ। यी फैसलाहरुमा दुष्कृति नभनिए पनि पीडितलाई परेको मर्का र क्षतिका सन्दर्भमा केही हदमा उपचार प्राप्त होस् भन्ने अभिप्रायले भएका यस्ता फैसलामा दुष्कृति उपचारका तत्व कुनै न कुनै रुपमा सन्निहित रहेको मान्न सकिन्छ।

रामबहादुर घिमिरेविरूद्ध नेपाल सरकार, अर्थ मन्त्रालयसमेत[222] भएको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्तलाई हेर्दा "नागरिक राहत, क्षतिपूर्ति तथा आर्थिक सहायतासम्बन्धी (प्रथम संशोधन, २०६८) कार्यविधि, २०६६ को प्रकरण ४.२ मा बन्द वा नाकाबन्दीको समयमा भएका सवारी साधन क्षतिबापत क्षतिपूर्तिसम्बन्धी व्यवस्था भएको पाइन्छ। प्रकरण ४.२.१ मा द्वन्द्वको अवधिमा द्वन्द्वरत पक्षले आयोजना गरेको वन्द वा नाकाबन्दीको बेला सरकारले गरेको आह्वानअनुरूप सञ्चालन गरिएका सार्वजनिक प्रयोगका यात्रुबाहक तथा मालबाहक सवारी साधनहरू द्वन्द्वरत पक्षबाट क्षति पुऱ्याइएकोमा मापदण्डअनुसार प्रमुख जिल्ला अधिकारीले बन्द वा नाकाबन्दीको समयमा तत्कालीन सरकारले आह्वान गरेअनुरूप सञ्चालन गर्दा क्षति भएको भनी स्पष्ट किटान गरी पठाएको सिफारिसका आधारमा श्रम तथा यातायात व्यवस्था मन्त्रालयले सम्बन्धित सवारीधनीलाई क्षतिपूर्ति उपलब्ध गराउने छ भन्ने उल्लेख भएको छ। यस अवस्थामा कार्यविधिको प्रकरण ४.२ बमोजिम राहत / क्षतिपूर्ति दिनुपर्नेमा नदिई रकम निकासा दिन नसकिने भन्ने अर्थ मन्त्रालयको निर्णयलाई मनासिब र उपयुक्त निर्णय भनी मान्न सकिएन। निवेदन मागबमोजिम माथि विवेचित कार्यविधिको प्रकरण ४.२ बमोजिम क्षतिपूर्ति/राहतस्वरूपको रकम निवेदक रामबहादुर घिमिरेलाई दिन कारवाही अघि बढाउनु भनी विपक्षीहरूका नाउँमा परमादेशको आदेशसमेत जारी हुने ठहर्छ" भनी फैसला भएको देखिन्छ ।

यस फैसलाले राज्यले बन्दमा सवारी चलाउँदा हानि नोक्सानी भएमा क्षतिपूर्ति पाउने गरी कार्यविधि तर्जुमा बनाएको अवस्थामा तदनुरुप विश्वस्त भई सवारी चलाउँदा क्षति भएमा राज्यको दायित्व सृजना हुने गरी स्पस्ट रुपमा उद्घोष गरेको अवस्था छ।

त्यसैगरी राजेन्द्रप्रसाद ढकालको हकमा निजको सहोदर भाई रविन्द्रप्रसाद ढकालविरुद्ध नेपाल सरकार, गृहमन्त्रालय सिंहदरबार समेत[223] भएको मुद्दामा बेपत्ता पारिएका वा पत्ता नलागेका नागरिकहरूको हकमा खासगरी द्वन्द्वरत अवस्थामा राज्यको दायित्व रहन्छ, न्यायिक उपचार र अदालतको भूमिका, पीडितलाई क्षतिपूर्तिलगायतका उपचार जस्ता विषयहरु समावेश रहेका थिए। उक्त मुद्दामा मानव अधिकारको गम्भीर उल्लंघनका घटनाबाट पीडित पक्षहरूलाई तात्कालिक राहत तथा उचित क्षतिपूर्ति दिनुपर्ने राज्यको दायित्व हुने भनी व्याख्या भएको छ। सोही मुद्दामा थप व्याख्या गर्दै नेपालको संवैधानिक व्यवस्था, विदेशी अदालत तथा मानवअधिकारसम्बन्धी क्षेत्रीय अदालतहरूको फैसला, नेपालले अनुमोदन गरेका मानवअधिकारसम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरू तथा संयुक्त राष्ट्रसंघ एवं अन्तर्राष्ट्रिय समुदायले जारी गरेका प्रस्ताव र घोषणापत्रसमेतका दस्तावेजहरूका आधारमा नागरिक तथा मानवअधिकारको गम्भीर उल्लंघनका घटनाबाट पीडित पक्षहरूलाई तात्कालिक राहत तथा उचित क्षतिपूर्ति दिनुपर्ने राज्यको दायित्व रहेको कुरा स्थापित हुन आउँछ। माथि विवेचित आधारबाट निवेदनमा उल्लिखित ब्यक्तिहरू द्वन्द्वको क्रममा बेपत्ता भएको देखिएका र त्यस्ता ब्यक्तिहरूप्रति राज्यको विशेष दायित्व हुने कुरा स्थापित भैसकेको छ। अब निजहरूको

---

[222] ने.का.प. २०७३, निर्णय नं. ९६८३।

[223] ने.का.प. २०६४, निर्णय नं. ७८१७।

खोजी गरी न्याय प्राप्ति गर्ने क्रममा पीडितको परिवारहरूले भोग्नुपरेको शारीरिक, मानसिक यातना तथा आर्थिक क्षतिसमेलाई ख्याल गरी प्रस्तुत निवेदनबाटै तत्काल अन्तरिम प्रकृतिको राहतको आदेश दिन उपयुक्त देखिएको भनी उल्लेख गरिएको छ। त्यसैगरी बेपत्ता भएको कारणले सम्बन्धित व्यक्तिले भोगेको असरको अतिरिक्त परिवारजन बेपत्ता भएको कारणले परिवारले विभिन्न सामाजिक आर्थिक एवं मानसिक क्षति निरन्तर रुपमा भोग्न परिरहेको हुन्छ। सम्बन्धित व्यक्तिको स्थिति प्रष्ट भई दोषीसमेत किटान भएमा निजहरूले कानूनले निर्धारित दण्ड प्राप्त गर्ने तथा कानून बमोजिम क्षतिपूर्तिको व्यवस्था भएमा सोहीबमोजिम पीडितले सो प्राप्त गर्ने अवस्था त्यही प्रक्रियामा निर्धारित हुन सक्ने देखिन्छ। तथापि त्यतिन्जेल आफ्नो मानिस खोजी वसेका परिवारजनले न्यायको यो लामो बाटो तय गर्नको लागि आफ्नो मात्रै सीमित साधन र बेचैन अवस्थाले सम्भव देखिन आउँदैन। मृत्यु भैसकेको पुष्टि भएको भनिएका व्यक्ति चक्रबहादुर कटुवालको हकमा तत्कालिन राहतको रुपमा तिनको नजिकको हकवालालाई र अन्य मृत घोषित भएका परिवारलाई जनही २ लाख रुपैया क्षतिपूर्ति दिने, यस अदालतको अनुसन्धान टोलीबाट छानविन गरी सकिएको सुरक्षाकर्मीले पक्राउ गरी बेपत्ता पारिएको निष्कर्ष निकालिएको राजेन्द्रप्रसाद ढकाल, बिपिन भण्डारी र दिलबहादुर राईको हकमा जनही एक लाख पचास हजार र बाँकी निवेदनमा उल्लिखित स्थिति प्रष्ट नभएका व्यक्तिहरूको हकमा जनही १ लाख रुपैयाँ तत्कालीन राहत स्वरुप अविलम्ब उपलव्ध गराइ दिनु भनी नेपाल सरकार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालयको नाममा आदेश जारी भएको अवस्था छ।

यस फैसलामा बेपत्ता पीडितहरुले क्षतिपूर्ति पाउनुपर्ने कुरालाई स्थापित गरिएको छ। बेपत्ता पार्ने दोषीलाई गरिने कारबाहीसमेतका विषयमा कानून नबनेकोले क्षतिपूर्ति कारवाहीलगायतका विषयमा कानून बनाउन निर्देश भएको र त्यसरी कानून बनेपछि सोबमोजिम क्षतिपूर्ति पाउने कुरासमेत उल्लेख गर्दै तत्कालिक रुपमा राहत स्वरुप नै भए पनि पीडितहरुलाई केही रकम प्रदान गर्न आदेश भएको देखिन्छ। साथै अदालतले आवश्यकतानुसार क्षतिपूर्ति प्रदान गर्न आदेश दिन सक्षमता राख्छ भन्ने कुरालाई पनि स्पस्ट रुपमा बोलिएको देखिन्छ। दुष्कृतिको विषय अदालतको निर्णयबाट बिकसित हुने भएकाले द्वन्दकालीन घटनाका सम्बन्धमा स्पस्ट कानूनको अभावमा पनि केही हदमा भए पनि राहत स्वरुप क्षतिपूर्ति भराउने गरी भएको निर्णयले न्यून रुपमै भए पनि दुष्कृतिको भावनालाई अङ्गीकार गर्न खोजेको प्रतित हुन्छ।

त्यसैगरी लिलाधर भण्डारीसमेत विरुद्ध नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय सिंहदरवार, काठमाडौंसमेत[224] भएको मुद्दामा सशस्त्र द्वन्द्वका क्रममा बाँके, सल्यान, दाङ, वर्दिया कैलालीमा रहेका निवेदकहरुका लगभग २५० विघा जग्गा, कब्जा गरिएको उद्योग, घर जग्गा कलकारखाना फिर्ता गर्नु गराउनु र कब्जा गरिएको मितिदेखि हालसम्मको सरकारी मापदण्ड अनुसारको क्षतिपूर्तिसमेत दिनु दिलाउनु भन्ने विपक्षी नेपाल सरकारसमेतका नाममा परमादेशलगायत जुनसुकै उपयुक्त आज्ञा आदेश जारी गरिपाऊँ भन्ने रिट निवेदन दायर भएकोमा सर्वोच्च अदालतबाट निवेदकहरु रहेको तथा निवेदकहरुको जस्तो सम्पत्ति

---

[224] ने.का.प. २०६५, निर्णय नं. ८०१२।

कब्जाको समस्या भएको जिल्लाहरुमा पीडित समुदायको प्रतिनिधि र कानून कार्यान्वयन निकायको प्रतिनिधि एवम् राजनैतिक व्यक्तिहरुसमेत समावेश भएको बढीमा पाँच सदस्यीय जिल्ला स्तरीय सम्पत्ति फिर्तासम्बन्धी समिति गठन गरी सो समितिमार्फत प्रक्रिया पूरा गरी कब्जा भएको सम्पत्ति फिर्ता गर्नु गराउनु तथा कब्जा भएदेखि हालसम्म कब्जा भएको सम्पत्तिमा भएको हानि नोक्सानी वा ह्रास तथा कब्जा भएको सम्पत्तिबाट आय हुनेमा सो आयमा भएको हालसम्मको नोक्सानीको मूल्यांकन गरी सो नोक्सानीको क्षतिपूर्तिसमेत यो आदेश प्राप्त भएको मितिले ३ महिनाभित्र निवेदकको माग बमोजिम सम्पत्तिको वास्तविक धनी व्यक्तिहरुलाई फिर्ता दिनु, दिलाउनु र सम्पत्ति कब्जाको कारण भएको क्षतिबाट पीडित हुन पुगेकालाई राहत पुऱ्याउन क्षतिपूर्तिको लागि एउटा कोष खडा गर्नु भनी विपक्षी प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयसमेतको नाउँमा नेपालको अन्तरिम संविधानको धारा १०७(२) बमोजिम परमादेशको आदेश जारी गरी दिएको छ।

अर्काको सम्पत्ति अनधिकृत रुपमा हस्तक्षेप (Trespass of Goods) र कब्जा गर्नु दुष्कृतिको विषय हो। द्वन्द्वकालमा भएका जबरजस्ती कब्जाका फिर्ता हुनुपर्ने तथा क्षतिपूर्तिसमेतको व्यवस्था गरिनुपर्ने यस फैसलाको निष्कर्ष रहेको देखिन्छ। यसलाई दुष्कृति न्यायसँग केही हदमा भए पनि सामिप्यता रहेको मान्न सकिन्छ।

४.७ नोक्सान बालीको क्षतिपूर्तिसम्बन्धी

दुष्कृतिमा कसैको कार्यबाट कुनै व्यक्तिको कानूनी अधिकारमा आघात पुगी क्षति वा नोक्सानी भएमा क्षतिपूर्तिको उपचार प्राप्त गर्ने अधिकार हुन्छ। कानून अधिकारमा आघात परेको क्षति शारीरिक, आर्थिक, मानसिक, भौतिक वा अभौतिक आदि विभिन्न हुन सक्छन्। कसैको जग्गा जमिन कसैले निजलाई मुआब्जा दिई कानूनबमोजिम नलिँदै कब्जामा राख्दा त्यस जग्गाको आम्दानीमा हानि हुने हुन्छ। यस अवस्थामा यो विषय दुष्कृतिको विषय बन्न पुगी क्षतिपूर्तिको दायित्वको अवस्था सृजना हुन्छ।

यस सम्बन्धमा श्री ५ को सरकार निर्माण तथा यातायात मन्त्रालयविरूद्ध चन्द्रप्रसाद पाण्डेसमेत[225] मुद्दामा नोक्सान बालीको दावीबमोजिम क्षतिपूर्ति पाउने हो वा होइन भन्ने नै यसमा निरुपण गर्नुपर्ने विषय उठेकोमा सर्वोच्च अदालतबाट सिद्धान्त प्रतिपादित गर्दै "वादी दावीको जग्गा प्रतिवादीले स्थायी लिने तर्फ कारवाही भएको सोको कारवाही नटुङ्गेसम्म बालीको क्षतिपूर्ति दिनुपर्ने देखिएको भनी प्रतिउत्तरमा उल्लेख गरेको पाइन्छ। यसबाट वादीको जग्गा प्रतिवादीले चलन गरेको र क्षतिपूर्ति दिने कुरा प्रतिवादीले स्वीकार गरेको देखिन्छ। वादीको जग्गा अधिग्रहण गरिसकेको छ। जग्गाको मुआब्जा बुझाइसकेको छु भनी प्रतिवादीले कुनै प्रमाण पेश गर्न सकेको छैन। बालीको क्षतिपूर्तिको सम्बन्धमा प्रतिवादीले कृषि शाखा बागबजारले कायम गरेको धान, गहुँ र वीरगन्ज चिनी कारखानाले कायम गरेको उखुको दर भाउलाई आधार बनाएको देखिन्छ। त्यस दर भाउलाई मान्नु नपर्ने तथ्ययुक्त आधार वादीले दिन सकेको देखिँदैन। तसर्थ जग्गाको

---

[225] ने.का.प. २०४२, निर्णय नं. २३४२।

बालीको सम्बन्धमा सो दर भाउलाई आधार बनाई बालीको क्षतिपूर्तिको रकम निर्धारण गरेको न्यायसँगत देखिन्छ भनी बोलिएको थियो।

४.८ पशुले गरेको हानिको दायित्व

पशुले कुनै व्यक्तिलाई पुऱ्याएको हानि वा क्षतिमा पशु स्वयंले दायित्व वहन गर्ने अवस्था हुँदैन। पशुले गरेको त्यस्तो हानि नोक्सानीका लागि पशुको धनीले दायित्व बहन गर्नुपर्ने कुरा दुष्कृति कानूनको नियमको रुपमा रहेको हुन्छ। पशुले गरेको हानि नोक्सानीमा कठोर दायित्व सृजना हुने मानिन्छ। सामान्यतया जसको पशु हो उसैले दायित्व निर्वाह गर्नुपर्ने मान्यताका आधारमा राज्यद्वारा आरक्षित वा संरक्षित क्षेत्रको पशुले कुनै हानि नोक्सानी गरेमा राज्यको दायित्व सृजना हुने मान्यता पनि विकास भएको छ।

बाजुद्दिन मियाँसमेत विरुद्ध नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय सिंहदरबार काठमाडौंसमेत[226] भएको मुद्दाको तथ्य हेर्दा वन्यजन्तु आरक्ष क्षेत्रबाट सैयौंको संख्यामा आएका कैयौं जंगली हात्ती, अर्ना, बदेललगायत अन्य वन्य जन्तुहरूले पटक पटक उखुबाली खाई कुल्ची सोही क्षति पुऱ्याएकोले क्षतिभएको जम्मा रु. ७७, १८, ८५९। ८० बराबरको क्षतिको क्षतिपूर्तिको आदेशलगायत अन्य जो चाहिने उपयुक्त आदेश वा पूर्जी जारी गरिपाऊँ भन्ने समेत व्यहोराको रिट निवेदनमा सर्वोच्च अदालतबाट सिद्धान्त प्रतिपादन गर्दै "राज्यको बन्यजन्तु राज्यको सम्पत्ति हो। ती वन्य जन्तुहरू लोप हुँदै गएका छन्। तिनीहरूको संरक्षण गर्नु पनि राज्यको कर्तव्य हो। बनभित्र फडानी बढ्दै गएको कारण जंगली जनावरहरू आरक्षणबाट वाहिर निस्कनु स्वभाविक हो। तर यो कुरा स्वभाविक भए तापनि संरक्षित हुनुपर्ने नागरिकको सम्पत्तिमा राज्यका निकायद्वारा संरक्षित जंगली जनावरबाट क्षति पुऱ्याइनु वा त्यस्तो जनावरबाट क्षति हुनुलाई राज्यले जनताको खाद्य सम्प्रभुत्ताको हकप्रति आफ्नो दायित्व पूरा नगरेको सम्झनुपर्छ र राज्य Vicariously Liable हुनुपर्छ। सरकारको पनि काबुबाहिरको परिस्थिति भए पनि निजहरूको क्षति भएको सम्पत्तिको क्षतिपूर्ति गर्ने संवैधानिक कर्तव्य राज्यको भएकोले राज्य वा राज्यका निकायहरूले कानून नभएको वा नीति नभएको भनी पन्छेर बस्न मिल्दैन। नागरिकहरूको खाद्य सम्प्रभुत्ताको हक हनन् भएको विषयमा आफैद्वारा संरक्षित जनावरले नागरिकहरूको बाली वा खेतीमा क्षति पुऱ्याएको घटनामा क्षतिपूर्तिसम्बन्धी कानून बनिनसकेको क्षतिपूर्तिसम्बन्धी नीति नभएको वा क्षतिपूर्ति दिन बजेटको व्यवस्था नभएको भन्ने कुनैपनि तर्क Justifiable हुँदैन। आफूमा भएको Residuary Power राज्यले यस्तो बेलामा प्रयोग गर्नुपर्छ। तसर्थ सार्वजनिक सम्पत्तिको रुपमा रहेका लोप हुँदै गएका कानूनअनुसार स्थापित राज्यद्वारा संरक्षित आरक्षणभित्रका जंगली बन्यजन्तु र जनावरले यदि कृषिमा आधारित नागरिकहरूको बाली वा खेती नष्ट गर्छ भने राज्यले त्यसमा कुनै प्रत्यक्ष हानि नपुऱ्याए पनि राज्यले आवश्यक र उचित क्षतिपूर्ति दिन राज्य Tortiously Liable हुन्छ। राज्यद्वारा संरक्षित आरक्षणभित्रका जनावरले कसैको बाली, खेती जस्ता सम्पत्तिमा क्षति पुऱ्याएमा त्यस्तो जनावरको Keeper को हैसियतले राज्यले पीडितलाई क्षतिपूर्ति दिनुपर्ने हुन्छ। आरक्षणका संरक्षित जनावरहरू सार्वजनिक सम्पत्ति हो।

[226] ने.का.प. २०६६, निर्णय नं. ८१६९।

त्यसको संरक्षण गर्नु र मारीनबाट जोगाउनु तथा हेरचाहको जिम्मा सरकारको हो। आरक्षणका सबै जनावर संरक्षित जनावर हुन्। सरकार आरक्षणभित्रका संरक्षित जनावर को Keeper हो। यसरी आरक्षणभित्रका संरक्षित जनावरले आरक्षण वाहिर आई कसैको सम्पत्तिमा हानि पुऱ्याउँछ भने Keeper को हैसियतले पीडित किसान वा खेतीबालीका धनीलाई क्षतिपूर्ति दिन सरकार Vicariously पनि Liable हुन्छ भनी व्याख्या गरिएको छ।

यसरी यस मुद्दामा आरक्षणका जनावरहरुले नागरिकका बालीलगायतका सम्पत्ति नोक्सान गरेमा आरक्षणको संरक्षक वा मालिकका हैसियतमा राज्यको परदायित्वका सिद्धान्तका आधारमा दुष्कृतिजन्य दायित्व सृजना हुने भनी किटान रुपमा सिद्धान्त कायम भएको देखिन्छ।

४.९ गाली बेइज्जतीमा क्षतिपूर्तिसम्बन्धी

व्यक्तिको जीवनको अधिकार महत्त्वपूर्ण अधिकार हो। यसका साथै हरेक व्यक्तिको इज्जत, मान, प्रतिष्ठा र मर्यादा पनि महत्त्वपूर्ण अधिकारको रुपमा रहेको मानिन्छ। यसैले यस्ता विषय अनतिक्रम्य हुन्छन्। कसैले यी विषयमा अतिक्रमण गरेमा त्यसमा उपचारको अधिकार पनि हुन्छ। गाली बेइज्जतीमा उपचारको विषय दुष्कृतिजन्य दायित्व सम्बन्धित विषयको रुपमा लिने गरिन्छ। नेपालम गाली बेइज्जतीका सम्बन्धमा धेरै मुद्दामा फैसला भएको छ।

चन्द्रावतीदेवी राजपुतविरुद्ध गोविन्द यादव भएको बेइज्जती मुद्दामा[227] लोग्नेको सत्यमा बसेकी एक पवित्र हिन्दू नारीलाई चरित्र हत्या गर्ने र नचाहिँदो लान्छना लगाउने नियतले लिखित रुपमा बेइज्जती गरेकोले गाली बेइज्जती ऐन, २०१६ को दफा ५ बमोजिम सजायँ गरिपाउँ भन्ने वादीको फिराद दावी रहेकोमा गाली बेइज्जती ठहर गरी जिल्ला अदालतबाट भएको फैसला सदर गरी क्षेत्रीय अदालतबाट फैसला भएकोमा सर्वोच्च अदालतबाट सो हदमा सदर गरी क्षतिपूर्तिसमेत भराउने गरी फैसला भएको अवस्था देखिन्छ।

प्रस्तुत मुद्दामा गाली बेइज्जती ऐन,०१६ को दफा १२ मा गाली वा बेइज्जती गरेको ठहरिएमा गाली वा बेइज्जती गरिएको व्यक्तिलाई मुद्दा हेर्ने अधिकारीले कसुरदारबाट बढीमा रु. ५०, ०००।- रुपैयाँसम्म क्षेतिपूर्तिको रुपमा भराइने छ भन्ने समेत व्यवस्था गरेको पाइन्छ। वादीले क्षेतिपूर्ति भराई पाउँ भनी दावी लिएको देखिन्छ। तर पूर्वाञ्चल क्षेत्रीय अदालतले क्षतिपूर्ति भराएको नदेखिएको र सो क्षतिपूर्ति भराई दिनु नपर्ने कुराको कुनै आधार सो फैसलामा देखाउन नसकेकोले प्रतिवादी कसुरदार ठहर भएपछि निजबाट क्षतिपूर्ति भरी पाउँदैन भन्न न्यायको दृष्टिमा नमिल्ने भनी मुद्दाको औचित्य र प्रतिवादीलाई भएको सजायँसमेतको आधारमा गाली बेइज्जती ऐन, २०१६ को दफा १२ बमोजिम प्रतिवादीबाट रु. १००।- एकसय क्षतिपूर्ति वादीले भराई लिन पाउने ठहर्छ भनी सर्वोच्च अदालतबाट व्याख्या भएको छ।

---

[227] ने.का.प. २०४६, निर्णय नं. ३६९९।

यसरी यस फैसलाले बेइज्जतीको कसुर ठहर भएपछि पीडितले कसुरदारबाट क्षतिपूर्ति भरिपाउने कुरालाई स्थापित गरेको देखिन्छ।

४.१० कुटपिटमा क्षतिपूर्तिसम्बन्धी

कुनै पनि व्यक्ति शरीरमा निजको अधिकार रहने र अन्य कसैले पनि त्यसमा दखल दिन नहुने मानिन्छ। अर्थात व्यक्तिको शरीर अनतिक्रम्य मानिन्छ। यही कारणले दुष्कृति कानूनमा कुनै व्यक्तिको शरीरमाथि अनधिकृत हस्तक्षेप गर्न नहुने (Trespass to Person) हमला (Assault) गर्न नहुने र आक्रमण (Battery) गर्न नहुने मानिन्छ। यही परिप्रेक्षमा कुटपिटको विषय पनि दुष्कृतिकै रुपमा रहने र त्यसमा क्षतिपूर्ति उपचारसमेत प्राप्त हुने हुन्छ। नेपालमा सर्वोच्च अदालतबाट कुटपिट मुद्दाका सन्दर्भमा कतिपय फैसला गरेको छ।

नेपाल सरकारविरुद्ध बिपीन महरासमेत भएको कुटपिट मुद्दा लाठी तथा रडले गनौरी देवीलाई हानि बाँया खुट्टा भाँचिदिई मुलुकी ऐन कुटपिटको महलको १ र २ नं. को कसुर अपराध गरेकाले ऐ को ६ नं. र १८ नं. बमोजिम सजाय गरी घाँ खर्च समेत दिलाई पाउँ भन्ने मूल अभियोग दावी भएकोमा प्रतिवादीहरु सुरुदेखि फरार रहेको, अङ्गभङ्गको अभियोग दावी नपुगी कुटपिटमा परिणत हुने गरी जिल्ला अदालतबाट भएको फैसला पुनरावेदन अदालतबाट सदर भई फैसला भएकोमा सर्वोच्च अदालतबाट दोहराई हेर्दा कुटपिटमा परिणत गरेको सुरु र पुनरावेदनको फैसला उल्टी गरी अभियोग दावीबमोजिम अङ्गभङ्गमा सजाय भई घाँ खर्चसमेत भराउने गरी फैसला भएको छ।

यस मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट भएको फैसलामा व्याख्या गर्दै भनिएको छ "प्रत्येक नागरिक स्वतन्त्र छन्। प्रत्येक नागरिकको शरीर अनतिक्रम्य छ। राज्यले कानूनबमोजिम सजाय नै गर्नुपर्दा पनि कैद वा जरिबानासम्म मात्र गर्न सक्छ। सजाय स्वरुप कुटपिट वा यातना दिन सक्तैन। कुटपिट एक फौजदारी अपराध हो। कुटपिटको परिभाषा कुटपिटको महल को १ नं. मा भएको छ। कुटपिटको अपराधमा कुटिने व्यक्तिको शरीरमा यातना पीडा घाउ आदि भई क्षति पुग्दछ। कसैको अनतिक्रम्य शरीरमा कसैले कुटपिट गरी क्षति पुऱ्याउँछ भने त्यसरी क्षति पुऱ्याउने व्यक्तिलाई सजाय गर्नुका साथै कुटपिटको कारण कुटिने व्यक्तिको शरीरमा पुगेको क्षतिबापत क्षतिपूर्ति Compensation समेत पाउनुपर्छ"।

५. अन्त्यमा

दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी व्यवस्थाहरु बेलायत, अमेरिका र भारतलगायतका मुलुकमा अभ्यासमा रहेको भए पनि नेपालमा यससम्बन्धी छुट्टै कानूनी व्यवस्थाको अभाव रहेको थियो। यही कारणले अदालतमा यस्ता विवादहरु प्रवेश नभएको र प्रत्यक्ष रुपमा दुष्कृतिका सम्बन्धमा अदालतबाट व्याख्या हुन नसकेको देखिन्छ। यसो भए पनि दुष्कृति शब्दको उच्चारण बिना नै माथि विश्लेषण भएका दुष्कृतिसँग सामिप्यता राख्ने विषयहरू खासगरी उपभोक्ता, हवाई लापर्बाही तथा उत्पादकीय दायित्व, गाली बेइज्जती, बेरितको थुना, पुनःस्थापनासम्बन्धी विषयमा व्याख्या भएका छन्। सीमित रुपमा भएका यस्ता व्याख्याहरुले केही

हदमा दुष्कृतिको मर्मलाई आत्मसात गरेको देखिन्छ। साथै, हाल मुलुकी देवानी संहितामा दुष्कृतिसम्बन्धमा भएका कानूनी व्यवस्थाहरुका सन्दर्भमा अदालतमा विवाद प्रवेश भई व्याख्या भइनसकेको अवस्था छ। मुलुकी देवानी संहितामा कतिपय कानूनी अभाव र रिक्तताहरु रहेका छन्। अदालतबाट हुने व्याख्याबाट यी अभावहरु पूर्ति हुने र दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको अभ्यास र विकास हुँदै जाने अपेक्षा गर्न सकिन्छ। यस क्रममा सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित माथि विवेचित कतिपय सिद्धान्तहरु यस क्षेत्रमा थप व्याख्या, विवेचना र विचार विमर्शका लागि सहयोगी र अनुकरणीय हुने समेत देखिन्छ। दुष्कृति कानूनको विकासमा अदालतकै भूमिका महत्त्वपूर्ण मानिने हुनाले अदालतमा नयाँ कानूनअनुसार प्रवेश हुने विवादको निरुपण हुँदै जाँदा नेपालको दुष्कृति कानून थप विकसित हुँदै जाने अपेक्षा गर्न सकिन्छ।

उपचारमा लापर्बाही

डा. खुशी प्रसाद थारु*

१. विषय प्रवेश

बिरामीलाई भरपर्दो उपचारको आवश्यकता र चिकित्सकलाई आफ्नो सेवाको सुरक्षाको आवश्यकताको सन्तुलनका रुपमा चिकित्सकीय उपचारमा लापर्बाही (Medical Negligence) को अवधारणाको विकास भएको हो। इलाजसम्बन्धी कसुर फौजदारी कानूनमा धेरै पहिलेदेखि नै रहे तापनि चिकित्सकीय उपचार लापर्बाही देवानी कानूनमा नवीनतम् अवधारणा हो। गुणस्तरीय स्वास्थ्य सेवाको सन्दर्भमा उपभोक्ताको हकबाट प्रारम्भ भएको चिकित्सकीय उपचारमा लापर्बाहीसम्बन्धी कानून प्रचलित मुलुकी देवानी संहिता अन्तर्गत दुष्कृतिसम्बन्धी परिच्छेदमा समावेश भई आएको छ।

चिकित्सकीय लापर्बाहीसम्बन्धी कमन लको मान्यता (Values) नेपालका लागि कानूनको स्रोतको रुपमा रहेकोमा विवाद छैन। तथापि चिकित्सकीय लापर्बाहीको परिभाषा, सीमा र क्षतिपूर्तिको मापदण्ड सुनिश्चित गर्नु जरुरी छ। चिकित्सकीय लापर्बाहीलाई स्वास्थ्य सेवा प्रदान गर्ने क्रममा गरिने सावधानीको कर्तव्यको उल्लङ्घन हो भनी आमरुपमा बुझिन्छ। सावधानीको मापदण्ड (Standard of Care) के हुने भन्ने सम्बन्धमा नेपाल कानून मौन रहेको वर्तमान परिप्रेक्ष्यमा चिकित्सकीय लापर्बाहीको विधि शास्त्रीय दृष्टिकोणका आधारमा नेपालको न्यायिक मान्यता पहिल्याउने प्रयास यस लेखमा गरिएको छ। यसका साथै चिकित्सकको हेलचेत्र्याइँबाट बिरामीमा हानि नोक्सानी हुन गएको हो वा होइन भनी निर्धारण गर्ने कारण (Causation) को आधारमा न्याय सम्पादन हुनुपर्ने देखिन्छ।

भनिन्छ स्वास्थ्य नै सबैभन्दा ठूलो धन हो। स्वस्थ शरीरमा स्वस्थ दिमाग हुन्छ। शरीर अस्वस्थ भएमा शारीरिक र मानसिक रूपमा मानव जीवन नै निस्तेज हुने मात्र नभई कतिपय अवस्थामा अकालमा नै मृत्युवरण गर्नुपर्ने अवस्था आउँछ।

व्यक्ति स्वस्थ जन्मिन्छ, तर अनेक कारणवश उसको स्वास्थ्यमा प्रतिकूल प्रभाव परिरहेको हुन्छ। विरामीको उपचारको लागि चिकित्सकको सेवा आवश्यक पर्दछ। चिकित्सा सेवा समाजको आधारभूत आवश्यकता मात्र नभई मानव स्वास्थ्यको अभिन्न अङ्ग पनि हो। कतिपय अवस्थामा चिकित्सा सेवाबाट व्यक्तिले नयाँ जीवन पाएको महसुस गरेको पाइन्छ। तथापि, चिकित्सकको सेवामा रहेको कमी कमजोरीको कारणबाट व्यक्तिको जिउ, ज्यान र सम्पत्तिमा हानि नोक्सानी पुगेको उदाहरण प्रशस्त भेटिएका छन्। चिकित्सकको लापर्बाहीका कारण विरामीले स्वास्थ्य लाभ गर्न नसकेको मात्र नभई स्वास्थ्यमा थप प्रतिकूल प्रभाव परेका र सम्पत्ति नै हानि नोक्सानी हुन पुगेको यथार्थलाई नकार्न सकिँदैन। यस्ता विविध कारणले चिकित्सकीय लापर्बाहीलाई कानूनको दायराभित्र ल्याइएको छ। सोही कानूनका

* माननीय न्यायाधीश, उच्च अदालत।

आधारमा पीडितले न्याय पाउँछ, दोषीले सजाय पाउँछ तथा निर्दोषले न्याय पाउछ। चिकित्सकीय लापर्बाहीसम्बन्धी कानूनले निर्दोष चिकित्सकले न्यायिक संरक्षण पाउने र दोषयुक्त कार्यमा पीडितले न्याय पाउने भई अन्ततत्वगत्वा स्वस्थ, स्वच्छ र सेवामूलक चिकित्सा सेवाको विकास तथा समाजको मजवुत संरचना निर्माण गर्नमा योगदान गरेको पाइन्छ।

२. चिकित्सकीय लापर्बाहीको अर्थ र परिभाषा

चिकित्सकले आफूकहाँ आएको विरामीको उपचार गर्न तत्पर रहन्छ। आफूकहाँ आएको जुनसुकै विरामीको भेदभावविना नै उपचार गर्नु चिकित्सकको धर्म मानिन्छ। पहिलो आउने विरामीलाई पहिलो सेवा दिनु चिकित्सकको व्यावसायिक आचरणभित्र पर्दछ। आफ्नो सेवाको दायराभित्र नपरेका वा दक्षताबाहिरका सेवाग्राहीलाई सेवा दिनबाट इन्कार गर्न सकिन्छ तर सेवा दिन स्वीकार गरिसकेपछि चिकित्सकले उपचार विधिबमोजिम सावधानीपूर्वक सेवा दिनु उसको कर्तव्य मानिन्छ। चिकित्सक र सेवाग्राहीबीचका केही व्यावसायिक सम्बन्धहरु हुन्छ, ती सम्बन्ध विपरीत गई काम गरेमा चिकित्सकमाथि प्रश्न उठ्न आउँछन्।

चिकित्सकले आफूकहाँ आएका विरामीलाई सेवा दिन स्वीकार गरिसकेपछि चिकित्सकको विरामीप्रति हेरचाहको कर्तव्य (Duty of Care) सिर्जित हुन्छन्। हेरचाहको कर्तव्य भन्नाले विरामीलाई कुन उपचारको आवश्यकता पर्दछ, सोको निर्णय लिने, विरामीलाई कुन औषधिको आवश्यकता छ सोको सिफारिस गर्ने जस्ता विषयहरु पर्दछन्। विरामीको स्वास्थ्यसम्बन्धी पृष्ठभूमि लिने, सोसमेत विचार गरी उपचारको पद्धति निर्धारण गर्ने, उपयुक्त औषधि छनौट गर्ने, आवश्यकताअनुसार विरामीको स्वतन्त्र सुसूचित सहमति लिएर शल्यकृया गर्ने तथा उपचारपश्चात पनि विरामीले बुझ्ने भाषामा सावधानीका उपायहरूबारे जानकारी दिने लगायतका उपायहरू पर्दछन्। ती उपचारका कुनै पनि क्षेत्रमा लापर्बाहीपूर्ण तवरले कार्य गरी विरामीको जिउज्यान वा स्वास्थ्यमा प्रतिकूल प्रभाव परेमा वा हानि नोक्सानी हुन गएमा चिकित्सकले उपचारमा लापर्बाही गरेको मानिन्छ।

एउटा विवेकशील व्यक्तिले गर्नुपर्ने कर्तव्यबाट विमुख हुनु वा विवेकशील व्यक्तिले गर्न नहुने कार्य गर्नुलाई लापर्बाही गरेको मानिन्छ। *Poonam Verma v. Ashwin Patel* को मुद्दामा लापर्बाहीको परिभाषा यसरी गरिएको छ। "Negligence as a tort is the breach of a duty caused by omission to do or doing something which a prudent and reasonable man would not do.[1] अर्थात् "एउटा विवेकशील व्यक्तिले वहन गर्नुपर्ने कर्तव्यबाट विमुख भएको वा नगर्नुपर्ने कार्य गरेको परिणामस्वरूप कुनै व्यक्तिलाई क्षति पुगेमा उपचारमा लापर्बाही गरेको मानिन्छ।"

यस परिभाषा हेर्दा लापर्बाही हुनका लागि निम्न ३ तत्वहरूको विद्यमानता देखिनु पर्छ।
(क) उचित हेरचाह गर्ने कर्तव्य (A legal duty to exercise due care)

[1] *Poonam Verma v. Ashwin Patel*, 1996 AIR 2111, 1996 SC(4)332.

(ख) कर्तव्यको उल्लंघन (Breach of the Duty)

(ग) परिणामतः पुग्न गएको क्षति (Consequential Damage)

३. हेरचाहको कर्तव्य र उल्लंघन (Duty of Care and Breach)

उपचारमा लापर्बाहीको परिभाषा के हो भन्ने सम्बन्धमा नेपाल कानूनमा परिभाषा रहेको नदेखिँदा नेपाली कानूनी प्रणालीको विधिशास्त्रीय मान्यताका आधारमा यसको अर्थ र परिभाषा निकालिएको छ। कानूनी विधामा लापर्बाहीको अर्थ सावधानी अपनाउनु पर्ने कर्तव्य उल्लंघन (Breach of Duty of Care) वा सामान्य परिस्थितिमा एउटा विवेकशील व्यक्तिले अपनाउने होसियारीको स्तरमा असफलता भन्ने बुझिन्छ तर यस परिभाषाले चिकित्सकीय लापर्बाहीको अर्थ समेट्दैन। चिकित्सकीय लापर्बाही चिकित्सा व्यवसायसँग सम्बन्धित भएकोले अन्य पेशामा हुने लापर्बाहीभन्दा केही फरक ढङ्गले हेरिनुपर्छ। पेशा (Occupation) र व्यवसाय (Profession) मा केही फरक छ। व्यवसाय एउटा दक्ष र विशेषज्ञ प्रकृतिको बौद्धिक सेवा रहेको र व्यावसायिक सिद्धान्तमा प्रतिवद्ध रहने भएकाले व्यावसायिक कर्तव्य र जिम्मेवारीको स्तर अन्य पेशाभन्दा फरक प्रकृतिको हुन्छ। पेशा र व्यवसाय एक अर्काभन्दा फरक फरक हुन् भन्ने सन्दर्भमा भारतको सर्वोच्च अदालतबाट *Indian Medical Association v. V.P. Samantha and Others*[2], मा प्रतिपादित सिद्धान्त सान्दर्भिक देखिन आउँछ। "व्यावसायिक दायित्वका सन्दर्भमा व्यवसाय पेशाभन्दा केही फरक यस अर्थमा छ कि व्यावसायिक क्रियाशीलता त्यस क्षेत्रमा रहन्छ जहाँ हरेक अवस्थामा सफलता प्राप्त नहुन सक्छ एवं सफलता वा असफलता प्राय व्यावसायिक व्यक्तिको काबुभन्दा बाहिरको तत्वमा निर्भर गर्छ।" यस अर्थमा व्यवसायमा लापर्बाहीको मापदण्ड कुनै जिम्मेवारीमा परिणामको सफलता वा असफलता नभई समान विधाको व्यक्तिले कर्तव्य निर्वाह गर्दा अपनाउनुपर्ने व्यावसायिक स्तरको असफलता भन्ने बुझिन्छ। त्यसैले भनिन्छ चिकित्सकले उपचारको सफलता सुनिश्चित गर्ने होइन, बरु उचित हेरचाह मात्र सुनिश्चित गर्न सक्छ (Doctors care, not cure)। यसर्थ लापर्बाहीका सन्दर्भमा हेरचाहको कर्तव्यलाई उपचारको परिणामसँग जोडेर हर्नु त्रुटिपूर्ण हुन जान्छ।

Halsbury's Laws of England मा Negligence को परिभाषा यसरी गरिएको छ। "Negligence: Duties owed to patient. A person who holds himself out as ready to give medical (a) advice or treatment impliedly undertakes that he is possessed of skill and knowledge for the purpose. Such a person, whether he is a registered medical practitioner or not, who is consulted by a patient, owes him certain duties, namely, a duty of care in deciding whether to undertake the case: a duty of care in deciding what treatment to give; and a duty of care in his administration of that treatment (b) A breach of any of these duties will support an action for negligence by the patient."[3]

चिकित्सकले उपचारको कार्य विरामीको शरीरमा गर्नुपर्ने अवस्था तथा उपचारको परिणाम विरामीको शरीरको रोग प्रतिरोध क्षमता (Immunity) सित सापेक्षित सम्बन्ध राख्ने भएकोले उपचारको शतप्रतिशत

---

[2] *Indian Medical Association v. V. P. Samantha and others*, 1996 AIR 550, 1995 SCC(6)651.

[3] Halsbury’s Laws of England, 17-18 (4th ed., Vol.26).

प्रत्याभूति नहुन सक्छ। विरामीको शारीरिक अवस्थाअनुसार उही उपचारको फरक फरक प्रतिक्रिया आउन सक्दछ भनी औषधि विज्ञानमा सर्वस्वीकार्य तथ्य हो। चिकित्सकले कहिलेकाहीँ केही कठिन निर्णय लिनुपर्ने अवस्था आउँछ। यस्तो अवस्थामा उसले कम घातक निर्णय लिनुपर्ने हुन्छ। "उच्च जोखिम तर बढी सफलताको सम्भावना" र "कम जोखिम तर उच्च असफलताको सम्भावना" का बीचमा चिकित्सकले कुन विकल्प अवलम्बन गर्ने भन्ने कठिन निर्णय लिनुपर्ने अवस्था आइपरेमा तथ्य र परिस्थितिका आधारमा निर्णय लिनुपर्छ। यही कारणले हो चिकित्सकले कुनै उपचारविधि अवलम्बन गर्नुपूर्व विरामीको सुसूचित सहमति लिनुपर्ने हुन्छ। चिकित्सकले अवलम्बन गरेको उपचारविधि स्वास्थ्य विज्ञानमा स्वीकार्य रहेको देखिएसम्म कुनै अनपेक्षित दुष्परिणाम घटेकै आधारमा चिकित्सकलाई लापर्बाहीपूर्वक उपचार गरेको भन्न मिल्दैन। यस सन्दर्भमा Jacob Mathew को मुद्दामा उल्लिखित कथन उद्धरण गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ : “At times, the professional is confronted with making a choice between the devil and the deep sea and he has to choose the lesser evil. The medical professional is often called upon to adopt a procedure which involves higher element of risk, but which he honestly believes as providing greater chances of success for the patient rather than a procedure involving lesser risk but higher chances of failure. Which course is more appropriate to follow, would depend on the facts and circumstances of a given case? The usual practice prevalent nowadays is to obtain the consent of the patient or of the person in-charge of the patient if the patient is not in a position to give consent before adopting a given procedure. So long as it can be found that the procedure which was in fact adopted was one which was acceptable to medical science as on that date, the medical practitioner cannot be held negligent merely because he chose to follow one procedure and not another and the result was a failure."[4]

औषधि व्यवसायका सन्दर्भमा लापरबाहीलाई निश्चय नै अलिक फरक ढंगले हेरिनुपर्दछ। व्यवसायीले लापर्बाही गरेको भन्नलाई अन्य कुराहरू पनि विचारणीय हुने देखिन्छन्। पेशागत लापर्बाही व्यवसायगत लापर्बाहीभन्दा फरक अर्थ राख्छ। सामान्य हेरविचारको कमी निर्णयमा सामान्य त्रुटि वा कुनै दुर्घटना चिकित्सकको हकमा लापर्बाहीको प्रमाण मानिदैन भनी Jacob Mathew को मुद्दामा सिद्धान्त प्रतिपादित भएको देखिन्छ।[5]

चिकित्सा विज्ञानले मानवजातिका लागि केही लाभ अर्पण गरेको छ तर ती लाभ प्राप्त गर्न केही जोखिम लिनुपर्ने हुन्छ। हरेक चिकित्सकीय शल्यकृयामा केही जोखिमहरू रहन्छन्। हामीले जोखिम नमोलिकन नै लाभ हासिल गर्न सकिँदैन। सुविधाको हरेक विकासमा जोखिम त सन्निहित हुन्छ नै। चिकित्सकले सेवामा अनपेक्षित दुष्परिणाम निस्केकै कारणले चिकित्सकलाई उत्तरदायी बनाउने हो भने अदालतले समाजप्रति ठूलो अपकार गरेको मानिन्छ। यस्तो अवस्थामा चिकित्सकले विरामीको हितभन्दा आफ्नो सुरक्षाको बारेमा सोच्न बाध्य हुन्छन्। सेवा गर्ने उत्प्रेरणा कुण्ठित हुन पुग्छ र आमविश्वास खलबलिन पुग्दछ। अस्पताल र चिकित्सकहरूले सेवा गर्ने वातावरण पाउनुपर्दछ। उचित सावधानी र कर्तव्यप्रति तल्लिन भएकै अवस्थामा र कुनै अनपेक्षित दुष्परिणाम घटेकै कारणले चिकित्सकको लापर्बाही मान्न सकिँदैन। Lord Justice

---

[4] Jacob Mathew v. State of Punjab & Anr (2005 ACJ 1840: AIR 2005 SC 3180).

[5] ऐजन।

Denning ले *Roe v. Minister of Health* को मुद्दामा आफ्नो विचार यसरी राखु भएको थियो - "Medical science has conferred great benefits on mankind, but these benefits are attended by considerable risks. Every surgical operation is attended by risks. We cannot take the benefits without taking the risks. Every advance in technique is also attended by risks. Doctors, like the rest of us, have to learn by experience; and experience often teaches in a hard way. But we should be doing a disservice to the community at large if we were to impose liability on hospitals and doctors for everything that happens to go wrong. Doctors would be led to think more of their own safety than of the good of their patients."[6]

यसप्रकार उपचारमा लापर्बाहीका विभिन्न परिभाषाहरूको आधारमा के निश्कर्षमा पुग्न सकिन्छ कि चिकित्सकले विरामीको उपचार गर्दा कुनै उपचार विधि उल्लंघन गरेमा, गर्नुपर्ने सेवा नगरी वा नगर्नुपर्ने कार्य गरी हेरचाहको कर्तव्य (Duty of Care) उल्लंघन गरी विरामीलाई शारीरिक वा मानसिक क्षति पुग्न गएमा उपचारमा लापर्बाही गरेको मान्न सकिन्छ। चिकित्सकीय लापर्बाही भन्नाले कसैले मनासिव हेरचाह गर्ने कर्तव्यबाट विमुख भएको अवस्था हो, जसको परिणामस्वरूप कसैलाई हानि नोक्सानी पुग्न गएको हुन्छ।

"समयमा उपचार नगरी बसेको वा बिरामीलाई अन्यत्र लगी सम्बन्धित चिकित्सक वा अस्पतालमा ढिला गरी लगेकोमा चिकित्सकले प्रयास गर्दा पनि उपचार सफल नभएमा पनि चिकित्सक वा अस्पताल जवाफदेही हुने व्याख्या गर्ने हो भने त्यस्तो व्याख्या गलत हुन जाने मात्र होइन चिकित्सकले बिरामीको उपचार नै गर्न नचाहने अवस्था सिर्जना हुने।[7]"

चिकित्सकीय लापर्बाही देखिन निम्न ४ तत्व विद्यमान रहेको हुनुपर्छ[8]।

- कुनै चिकित्सकले कसैको हेरचाह गर्ने कर्तव्य रहेको अवस्था (Duty of Care)
- विपक्षीले गरेको कार्य वा कर्तव्य विमुखताबाट हेरचाहको कर्तव्यको स्तर वहन हुन नसकेको अवस्था जुन एउटा विवेकशील व्यक्तिबाट बहन हुनुपर्छ (Breach of Duty)

---

6 *Court of Appeal in Roe v. Minister of Health,* [1954] 2 Q.B. 66 83.

7 *डा. दिनेश विक्रम शाह वि. सृजना के. सी.*, ने.का.प. २०६६, निर्णय नं. ८२६२।

8 *Medical Negligence,* lawhandbook.sa.gov.au. Negligence is a failure to take reasonable care to avoid causing injury or loss to another person. There are four steps in proving negligence. The plaintiff must prove:

- that there is a duty in the circumstances to take care *duty of care.*
- that the behaviour or inaction of the defendant in the circumstances did not meet the standard of care which a reasonable person would meet in the circumstances (breach of duty).
- that the plaintiff has suffered injury or loss which a reasonable person in the circumstances could have been expected to foresee (damage).
- that the damage was caused by the breach of duty *(causation)*.

- एउटा विवेकशील व्यक्तिले पूर्वानुमान गर्न सक्ने किसिमको निवेदकलाई हानि नोक्सानी पर्न गएको अवस्थाको विद्यमानता (Foreseeable Damages)
- हानि नोक्सानीको कारक तत्व कर्तव्यको उल्लंघन नै रहेको अवस्थाको विद्यमानता (Causation)

४. हेरचाहको मापदण्ड (Standard of Care)

चिकित्सकीय लापर्बाहीको मुद्दा छिनोफानो गर्दा विपक्षीको कार्यबाट आफूलाई क्षति हुन गएको हो किनभने विपक्षीको सेवा हेरचाहको स्तर भन्दा निम्नस्तरको थियो भनी निवेदकले पुष्टि गर्नुपर्छ। हेरचाहको स्तर न्यायिक उत्खनन् हो जसमा न्यायका विभिन्न आयामहरू विचारणीय हुन्छन्, जस्तैः चिकित्सकको पेशागत अधिकार साथसाथै सेवाग्राही उपभोक्ताको अधिकार र समाजलाई न्याय। चिकित्सा व्यवसायीको लागि आवश्यक पर्ने दक्षता र हेरचाहको स्तरको बारेमा हेल्सवारिज ल अफ इंगलैण्ड (Halsbury's Laws of England) मा यसरी उल्लेख गरिएको पाइन्छः "व्यवसायीले आफ्नो काममा मनासिव दक्षता र ज्ञान प्रयोग गर्नुपर्छ तथा समुचित हेरचाहको स्तर प्रयोग गर्नुपर्छ। यसका लागि न त बढी न त कम हेरचाह र सक्षमता आवश्यक पर्ने हो, जुन हरेक मुद्दाको तथ्यगत परिस्थितिका आधारमा निक्यौंल गर्न सकिन्छ। तुलनात्मक रूपमा अझ धेरै ज्ञान वा दक्षता भएको चिकित्सकले केही फरक उपचार अवलम्बन गर्दो हो कि त भन्ने आधारमा कुनै चिकित्सकलाई लापर्बाहीमा जवाफदेही बनाउन मिल्दैन। यसैगरी जिम्मेवार चिकित्सकहरूको समूहले उचित ठानेको उपचार विधिबमोजिम काम गरेको अवस्था छ तर यस्तै चिकित्सकहरूको अर्को समूहले सो उपचार विधि गलत हो भनी विचार राखेको अवस्थामा पनि सो चिकित्सकलाई दोषी मान्न मिल्दैन। सामान्य अभ्यासबाट विचलन हुनु पनि लापर्बाहीको प्रमाण नै हो भन्न मिल्दैन। चिकित्सकको दायित्व स्थापित गर्नका लागि यी तीन कुराहरू पुष्टि हुनुपर्छ : (१) उपचारको सामान्य र आम अभ्यास अपनाइएको छ (२) जसलाई विपक्षीले अङ्गीकार गरेन (३) अङ्गीकार गरिएको विधि त्यो थियो जुन सामान्य दक्षता रहेको कुनै पनि व्यवसायीले गर्ने थिएन।[9]

हेरचाहको स्तर अर्थाउने क्रममा निकै प्रयास भएको पाइन्छ। यसमध्ये दुईवटा मुद्दाहरू जस्तैः (१) *Hunter v. Hanley* (२) *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* मा गरिएको परिभाषा हालसम्म मार्गदर्शकको रूपमा स्वीकार गरिएको पाइन्छ। स्कटलैण्डको *Hunter v. Hanley*[10] को मुद्दामा intramuscular penicillin injection मा आवश्यकभन्दा छोटो सुई प्रयोग गरिएको भन्ने विवाद थियो। सूई भाँचियो र शरीरमा अड्कियो जसबाट विरामीमा घाउ हुन गई पीडा भयो। विपक्षीले आवश्यक हेरचाहको स्तरभन्दा निम्न स्तरको कार्य गरेको भनी निवेदकले तर्क गरे। उक्त मुद्दाको फैसलामा प्रधान न्यायाधीश Clyde ले राखेको विचार कमन ल प्रणालीमा मार्गदर्शकको रूपमा रहिआएको छ। प्रस्तुत मुद्दामा सामान्य

---

[9] Halsbury's Laws of England (4th ed., Vol.30, Para 35).

[10] *Hunter v. Hanley*, 1955 S.L.T. 213, 21.

दक्षता र हेरचाहको स्तरमा चिकित्सकलाई जवाफदेही ठहऱ्याउन निम्न ३ कुराहरू स्थापित हुनुपर्छ भनिएको पाइन्छ।[11]

- पहिलोः उपचारमा आम र सामान्य तवरले अभ्यास रहेको स्थापित हुनुपर्छ।
- दोस्रो : विपक्षीले सो अभ्यास अङ्गीकार नगरेको पुष्टि हुनुपर्छ।
- तेस्रोः चिकित्सकले त्यो विधिअनुसार उपचार गरेको थियो, जुन कुनै पनि सामान्य दक्षता रहेको व्यवसायीले अवलम्बन गर्ने थिएन।

न्यायमूर्ति Clyde ले हेरचाहको स्तरको परिभाषा यसरी गरेको पाइन्छ : "कुनै व्यक्तिले आफूमा विशेष दक्षता र ज्ञान रहेको दावी गर्छ र सो व्यक्तिले कुनै विरामीलाई सो दक्षता र ज्ञानका लागि राय परामर्श दिन्छ भने उसमा सो विरामीको होसियारीपूर्वक उपचार गर्ने कर्तव्य बन्न पुग्दछ। यदि उसले जिम्मेवारी स्वीकार गर्दछ र उपचारको जिम्मेवारी लिन्छ साथसाथै विरामीले पनि उसको स्वविवेक र उपचारमा आफूलाई समर्पण गर्दछ भने चिकित्सकमा उसको उपचारमा तत्परता, हेरचाह, ज्ञान, दक्षता र सावधानी प्रयोग गर्ने कर्तव्य निहित हुनपुग्छ। सो निक्यौंल गर्न न्यायमूर्तिले हेरचाहको उच्चतम वा उच्च स्तर प्रयोग गर्ने होइन न त लघुत्तम वा निम्न स्तरको हुनुपर्ने दृष्टिकोण राखेको नै हो। अतः कानूनले हेरचाह र सक्षमताको समुचित स्तरको अपेक्षा गर्दछ। त्यो नै यसको आवश्यक मानक हो।[12]

इंगलैण्डमा *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*[13] को मुद्दामा मिल्दोजुल्दो न्यायिक दृष्टान्त प्रयोग गरिएको पाइन्छ। यसमा प्रतिपादित मान्यता यसपछिका मुद्दाहरूमा अवलम्बन गरिएको पाइन्छ। *Hunter v. Hanley* को मुद्दामा प्रतिपादित मान्यता ओझेलमा परेको देखिन्छ। यस मुद्दामा विरामी वा निवेदकलाई Electro-Convulsive Therapy [E.C.T.] Treatment को विधिबाट विपक्षी अस्पतालमा उपचार गरिएको थियो। विरामी Bilateral "stove-in" fractures of the acetabula को उपचारको लागि गएको थियो। शरीरलाई शिथिल बनाउने औषधिको प्रयोग नगरिएको कारणले E.C.T. Treatment बाट विरामीमा Muscular Contraction देखिन पुग्यो। जसबाट हड्डी भाँचिने जोखिम उत्पन्न भयो। निवेदकको पाखुरालाई सपोर्ट गर्न केही विधि प्रयोग गर्नुपर्नेमा नगरेको तथा विरामी लड्न लागेको अवस्थामा अठ्याउनका लागि नर्सहरू मात्र लगाएको अवस्था थियो।

विपक्षीहरूले लापर्बाहीपूर्वक काम गरेको भनी निवेदकले जिकिर लियो र आफ्नो शारीरिक क्षतिका लागि क्षतिपूर्ति माग गऱ्यो। निवेदकले खासगरी "(१) विपक्षीले E.C.T. गर्दा शरीर शिथिल बनाउने औषधि प्रयोग नगरेको (२) सो नगरेको अवस्थामा Manual Restraint प्रयोग गर्नुपर्नेमा नगरेको (३) सो उपचारमा रहेको

---

[11] ऐजन।

[12] ऐजन।

[13] *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* 1956 B. No. 507 Queen's Bench Division 1957 [1957] 1 W.L.R. 582.

जोखिमका बारेमा सावधान नगराएको" भन्ने आधारमा लापर्बाहीको दावी गरिएको थियो। यस सम्बन्धमा विशेषज्ञको रायमा विविधता रहेको देखियो। E.C.T. treatment का विभिन्न विधिहरू छन्। कसैले Relaxant Drug प्रयोग गर्छन् कसैले Restraining Sheet र कसैले Manual Control तर सबैको सहमति के मा थियो भने Relaxant Drug प्रयोग नगरेका कारणले विग्रने केही होइन, Manual Restraint को प्रयोग जति कम गर्ने हो, Risk of Fracture उत्ति नै कम हुन्छ। यसैगरी विरामीले जोखिमको बारेमा नसोधेसम्म त्यस बारेमा जानकारी नदिने आम अभ्यास थियो भन्ने विषयमा पनि एकमत रहेको देखियो।

समग्रमा अस्पतालले विरामीबाट सहमति लिँदा सोको सूचना नदिएको र Relaxant Drug नदिएको भन्ने नै ठहर गर्नुपर्ने विषय थियो। यसमा निर्णय दिँदै न्यायमूर्ति Mc Nair ले विचार राखे कि चिकित्सकको उपचार विधि केही चिकित्सकीय रायभन्दा फरक नरहेको र केही चिकित्सकीय रायअनुसार फरक रहेको भन्ने आधारमा मात्र चिकित्सकलाई लापर्बाही गरेको भन्न मिलेन। उक्त फैसलामा निम्न २ निर्णयाधार रहेको देखिन्छ :

क) कुनै खास उपचारमा दक्षताप्राप्त जिम्मेवार चिकित्सकीय रायबाट कुनै चिकित्सकीय अभ्यास उचित छ भनी स्वीकार गरिएको र सो अभ्यास अनुसरण गरी काम गरेको देखिन्छ भने सो विषयमा अर्को जिम्मेवार चिकित्सकीय रायमा फरक मत रहेको छ भन्ने आधारमा मात्र चिकित्सकलाई लापर्बाहीमा दोषी ठहर गर्न मिल्दैन।

ख) सचेत नगराएको भन्ने विषय निर्क्योल गर्न निम्न कुराहरू विचार गर्नुपर्छ : (१) सचेत गराउने सम्बन्धी कुरा आम अभ्यास थियो कि थिएन र सो स्तरभन्दा विपक्षी निम्न स्तरमा झर्ने गरेको हो, होइन (२) निवेदकलाई सचेत गराएको अवस्थामा उसले उपचार अस्वीकार गर्ने थियो भनी निवेदकले नै अदालतलाई सन्तोषजनक रूपमा पुष्टि गर्नुपर्छ।[14]

प्रस्तुत मुद्दामा न्यायमूर्ति McNair ले लापर्बाहीको परिभाषा यसरी गर्नु भएको छ। "कुनै विशेष दक्षता वा क्षमता प्रयोग गर्ने विषय समावेश भएको अवस्थामा त्यहाँ लापर्बाही भएको छ छैन भन्ने जाँच व्यावसायिक सर्वोत्कृष्टताका आधारमा गरिने होइन जसबाट सो व्यक्तिको दक्षतामा कमी कमजोरी पत्ता लगाउन सकियोस् न की जाँच त्यही विधामा दक्षता प्राप्त र अभ्यासरत व्यक्तिको आमस्तर हो। चिकित्सकको लापर्बाही भन्नाले समुचित रूपले सक्षम चिकित्सकको मापदण्डबमोजिम काम गर्न असफल हुनु हो। पूर्णरूपले उचित मापदण्ड एक वा बढी पनि हुनसक्छ, तीमध्ये कुनै एक उचित मापदण्डबमोजिम काम गरेको रहेछ भने उसले लापर्बाही गरेको मानिँदैन।"

“The test is the standard of the ordinary skilled man exercising and professing to have that special skill. A man need not possess the highest expert skill; it is well established law that it is sufficient if he exercises the ordinary skill of an ordinary competent man exercising that particular art. In the case of a medical man, negligence means failure to act in accordance with the standards of reasonably competent medical men at the time. There may be one or more perfectly proper standards, and if he

[14] ऐजन।

conforms with one of these proper standards, then he is not negligent.” “that a doctor who had acted in accordance with a practice accepted at the time as proper by a responsible body of medical opinion skilled in the particular form of treatment in question was not guilty of negligence merely because there was a body of competent professional opinion which might adopt a different technique.”[15]

Bolam test को वारेमा *Eckersley V. Binnie* को मुद्दामा यसरी विश्लेषण गरिएको छ। एउटा व्यवसायको सदस्यको हैसियत प्राप्त गर्न चाहने व्यक्तिमा त्यस व्यवसायको ज्ञान हुनै पर्छ। सो विधामा अन्य विवेकशील सदस्यमा हुनुपर्ने नयाँ ज्ञान खोज र विकासभन्दा पछि पर्नु हुँदैन। उसले अन्य सामान्य सक्षम चिकित्सक जस्तै आफ्नो ज्ञानमा कमी र आफ्नो दक्षताको सीमाका विषयमा जागरुक रहनु पर्दछ। उसले अन्य चिकित्सकले जस्तै आफूले लिएको व्यावसायिक कार्यको जोखिम र खतराका विषयमा सचेत रहनुपर्छ, उसले अन्य सक्षम सामान्य चिकित्सक जस्तै आफ्नो व्यावसायिक कार्यमा विज्ञता, दक्षता र रेखदेखको स्तर अन्य सामान्य सक्षम चिकित्सकभन्दा कम ल्याउनु हुँदैन। सोभन्दा बढीको अपेक्षा पनि गरिँदैन। विवेकशील औसत चिकित्सकको स्तर नै परीक्षणको कसी हो। व्यवसायी हुनका लागि कानूनले महाज्ञानी वा पण्डित हुनु आवश्यक ठानेको छैन।"[16]

उपरोक्त दुबै मुद्दाहरूमा प्रतिपादित सिद्धान्तहरू तुलना गर्दा एक अवस्थामा मिल्दाजुल्दा नै देखिन्छन्। Bolam case मा "reasonableness" (समुचित) शब्दको प्रयोग गरिएको छ भने Hunter case मा "Ordinary" (सामान्य) शब्दको प्रयोग गरिएको छ। समुचित शब्दले सामान्यभन्दा केही उच्च स्तर ईङ्गित गर्दछ तर दुबै फैसलामा चिकित्सकहरूको जिम्मेवार निकायबाट उचित भनी स्वीकार गरिएको अभ्यास अनुरूप भएको कार्यलाई लापर्बाहीको परिभाषाबाट अलग गरेको देखिन्छ। यसरी यी दुबै फैसलाको *RatioDecidendi* को सारमा कुनै फरक छैन, फरक केवल अभिव्यक्तिमा मात्र छ। फैसला गर्ने न्यायाधीशहरू Lord President Clyde र Mc Nair दुबैले फैसलाको सारमा फरक नरहेको भनी स्वीकार गरेको पाइन्छ।

त्यसैगरी यसै सन्दर्भमा *Hucks v. Cole*[17] को मुद्दामा अभिव्यक्त Lord Denning का विचारहरू आम रूपमा उद्धरण गरिएको पाइन्छ। "दुर्भाग्यवश वा एउटा उपचार विधिको साटो अर्को समुचित उपचार विधि छानी सोहीबमोजिम उपचार गरेको कारण उपचार सफल हुन नसकेकोले मात्र चिकित्सकलाई लापर्बाहीको दोषी मान्न मिल्दैन। चिकित्सकीय लापर्बाहीको दोषी त्यस अवस्थामा मात्र मानिन्छ जव उसले समुचित रूपले सक्षम व्यवसायीको मापदण्डबमोजिम काम गर्न असफल हुन्छ।”[18]

विरामीको छालामा रहेको Septic Spots को उपचारमा Penicillin प्रयोग गरी चिकित्सकले उपचार गरेका थिए। जसको परिणामस्वरूप विरामीमा Puerperal Fever देखा परेको थियो। विभिन्न विशेषज्ञको रायमा

---

[15] ऐजन।

[16] *Eckersley v. Binnie* [1988] 18 Construction Law Reports 1, (1988) 18 Con LR 1.

[17] *Hucks v. Cole*, [1968] 118 New LJ 469.

[18] *Hucks v. Cole*, [1968] 118 New LJ 469.

Penicillin को प्रयोग उचित नरहेको भन्ने देखिएको थियो। तसर्थ चिकित्सकलाई लापर्बाहीको दोषी मानियो। फैसलामा के भनियो भने "उपचारमा कुनै विधिको प्रयोग गर्दा जोखिम देखिन्छ र सो जोखिम नलिएर अन्य किसिमले पनि उपचार गर्न सकिन्छ। तथापि जानाजानी सो जोखिम लिएर उपचार गरिन्छ भने अदालतले यस्ता कमी कमजोरी छानविन गर्नुपर्छ। चिकित्सकीय ज्ञानको आम अभ्यासको आधारमा कुनै विरामीलाई जोखिममा पार्ने कारण जायज छ वा छैन भनी अदालतले विचार गर्न चनाखो रहनुपर्दछ।" *Lanpkier v. Phipos* को मुद्दामा लापर्बाही ठहर हुने मापदण्ड यसरी नै तय गरेको पाइन्छ। "कुनै व्यक्ति कुनै व्यवसायमा प्रवेश गर्छ भने उसले हेरचाह र दक्षताको समुचित स्तरबमोजिम काम गर्नुपर्छ। जसरी एउटा वकिलले सबै मुद्दा जित्ने वाचा गर्न सक्दैन, त्यसैगरी एउटा सर्जनले सर्वोत्कृष्ट दक्षता प्रयोग गर्ने वाचा गर्न सक्दैन। त्यस व्यक्तिभन्दा अरू राम्रो शिक्षा र ज्ञान भएका व्यक्तिहरू हुन सक्छन् तर उसले स्वच्छ, समुचित र सक्षम (Fair, Reasonable and Competent) स्तरको दक्षता प्रयोग गर्ने वाचा गर्न सक्छ।"[19]

भारतमा पनि अदालतहरुले Bolam Test को अनुसरण गरेको पाइन्छ। भारतको सर्वोच्च अदालतले *Jacob Mathew v. State of Punjab*[20] को मुद्दामा लापर्बाहीका कानूनहरू निम्नबमोजिम संक्षेपीकरण गरेको पाइन्छ।

क) लापर्बाही भनेको कर्तव्यको उल्लंघन हो जुन त्यही विधामा अभ्यासरत विवेकशील व्यक्तिबाट गरिने कार्यबाट च्यूत हुँदा वा नगर्नु पर्ने कार्य गर्दाको कारणबाट हुने हो। लापर्बाहीको आवश्यक तत्वमा कर्तव्य, उल्लंघन र क्षति हो।

ख) चिकित्सा व्यवसायको सन्दर्भमा लापर्बाहीको परिभाषा अन्य पेशामा आकर्षित हुने परिभाषाभन्दा फरक छ। पेशागत लापर्बाहीभन्दा व्यावसायिक लापर्बाही अलि फरक छ। हेरचाहको सामान्य कमी, निर्णयमा त्रुटि वा दुर्घटनालाई चिकित्सकीय लापर्बाहीको प्रमाण नै हो भन्न मिल्दैन। चिकित्सकले त्यस समयको चिकित्सा व्यवसायमा प्रचलित अभ्यासबमोजिम काम गरेसम्म त्यस विषयमा उपचारको अझ राम्रो विकल्प वा विधि विद्यमान रहेको भन्ने आधारमा वा उत्कृष्ट चिकित्सकले त्यस उपचार विधि अनुसरण गर्ने थिएन भन्ने आधारमा मात्र चिकित्सकलाई लापर्बाहीको दोषी मान्न मिल्दैन। पूर्वसावधानी अपनाउन नसकेको भन्ने सम्बन्धमा हेर्ने हो भने यस्ता पूर्वसावधानी आम अभ्यासमा रहेको थियो वा थिएन भनी हेर्नुपर्ने हुन्छ। विशेष वा असाधारण सावधानी लिएको भए कुनै खास अनर्थ हुने थिएन भन्ने आधारमा लापर्बाही ठहर गर्न मिल्दैन। यसर्थ हेरचाहको मापदण्डलाई त्यस वखतका ज्ञानको आधारमा तय गरिन्छ पूर्वपक्षको समयको ज्ञानको आधारमा होइन। कुनै खास प्रविधिको प्रयोग नभएको कारणले लापर्बाही भएको भन्ने आरोप सम्बन्धमा हेर्दा त्यस वखत यस्ता प्रविधि उपलब्ध नरहेको अवस्थामा यस्ता अभियोग दावी पुग्न सक्दैन।

---

[19] *Lanpkier v. Phipos,* (1838), 8 C. & P. 475.

[20] *Jacob Mathew v. State of Punjab & Others* (2005 ACJ 1840: AIR 2005 SC 3180).

ग) एउटा व्यवसायी यी दुईमध्ये कुनै एक आधारमा लापर्बाहीको कारण दोषी ठहर हुन सक्छ, यदि उसले दावी गरे जस्तो अपेक्षित दक्षता उसमा छँदै थिएन वा उसमा भएको दक्षता त्यस उपचारमा उसले प्रयोग नै गर्दैन। अभियुक्तले लापर्बाही गरेको हो कि होइन भनी निर्क्योल गर्दा त्यस पेशामा सामान्य दक्षता अभ्यास गरिरहेका सामान्य सक्षम व्यक्तिको मापदण्डको आधारमा निर्क्योल गर्नुपर्छ। सबै व्यवसायीका लागि त्यस विषयमा सर्वोत्कृष्ट विज्ञता वा दक्षता हासिल गर्न सम्भव छैन। उच्चतम दक्षता प्राप्त व्यक्तिमा अझ राम्रो गुण हुन सक्छन् तथापि त्यस गुण लापर्बाहीको आरोप लागेको व्यक्तिको कार्य सम्पादन जाँच गर्ने आधार वा मापदण्ड बन्न सक्दैन।

घ) देवानी र फौजदारी कानूनमा लापर्बाहीको विधिशास्त्रीय अवधारणा केही फरक छ। देवानी कानून अन्तर्गत मानिएका लापर्बाही फौजदारी कानूनमा लापर्बाही मानिन्छ नै भन्न सकिँदैन। अपराधको रूपमा लापर्बाही हुनका लागि आपराधिक मनसायको विद्यमानता पुष्टि हुनुपर्छ। यसैगरी आपराधिक लापर्बाही हुनका लागि लापर्बाहीको श्रेणी उच्च वा गम्भीर वा जघन्य प्रकृतिको हुनुपर्छ। गम्भीर वा जघन्य नरहेका लापर्बाहीका विषयमा देवानी दायित्व वहन गराउन सकिन्छ तर फौजदारी विषयमा सकिँदैन।

ङ) फौजदारी कानून अन्तर्गत चिकित्सक उपर अभियोग लगाउनका लागि अभियुक्तले यस्तो केही कार्य गऱ्यो जुन सामान्य चिकित्सकले गर्ने थिएन वा त्यस्तो केही कार्य गरेन जुन सामान्य चिकित्सकले गर्ने थियो भन्ने कुरा प्रमाणित हुनुपर्छ। अभियुक्त चिकित्सकले मोलेको खतरा यस्तो प्रकृतिको थियो कि, क्षतिको सम्भावना सन्निकट थियो।

च) तथ्य आफैं बोल्छ (*res ipsaloquiture* - the thing speaks for itself) प्रमाण कानूनको नियम मात्र हो जुन देवानी कानूनमा खासगरी दुष्कृतिमा आकर्षित हुन्छ। यसबाट लापर्बाहीका कारवाहीमा प्रमाणको भार कसमा रहन्छ भन्ने कुरा निर्क्योल हुन्छ। यसबाट फौजदारी विषयमा दायित्व वहन गर्नुपर्ने हो होइन भन्ने कुरा निर्क्योल हुन सक्दैन।

यसैगरी *Kusum Sharma v. Batra Hospital*, 10/02/2010 को मुद्दामा भारतको सर्वोच्च अदालतले स्वास्थ्यकर्मीलाई चिकित्सकीय लापर्बाहीमा दोषी छ वा छैन भनी निर्क्योल गर्न निम्न सिद्धान्तहरू विचारणीय छन्।

क) चिकित्सकमा समुचित स्तरको ज्ञान र दक्षता हुनैपर्छ र उसले आफ्नो काममा समुचित स्तरको हेरचाह गर्नैपर्छ। कानूनको अगाडि हरेक मुद्दाको तथ्यगत परिस्थितिका आधारमा, न त धेरै उच्च न त धेरै निम्न स्तरको हेरचाह र सक्षमता आवश्यक पर्ने हो। एउटा चिकित्सकलाई लापर्बाहीमा तव मात्र दोषी मान्न सकिन्छ जब उसको कार्य त्यो स्तरबाट तल झर्छ जुन त्यस विधामा अन्य चिकित्सकहरूले समुचित रूपले सक्षम वहन गर्दछ।

ख) डायगनोसिस र उपचारको विषयमा फरक मतको सम्भाव्यतालाई इन्कार गर्न सकिँदैन। चिकित्सकको निर्णय अर्को चिकित्सकको निर्णयभन्दा फरक रहेको भन्ने आधारमा मात्र उसलाई लापर्बाहीको दोषी मान्न मिल्दैन।

ग) कतिपय यस्तो अवस्था आइपर्छ जहाँ कम जोखिम लिएर बढी असफलताको सम्भावना अपनाउनुभन्दा चिकित्सकले उच्च जोखिम मोलेर उच्च सम्भावना हात लाग्छ भनी चिकित्सकले विश्वास गर्छ। विरामीको रोग निदान गर्ने पुनित उद्देश्यका लागि उच्च जोखिम लिएकोमा अपेक्षित परिणाम आउन सकेन भन्ने आधारमा मात्र चिकित्सकलाई लापर्बाहीको दोषी मान्न मिल्दैन।

घ) समुचित दक्षता र सक्षमता प्रयोग गरी आफ्नो कर्तव्य सम्पादन गरेसम्म उपचारको एउटा कोर्षभन्दा अर्को कोर्ष छानेको भन्ने आधारमा मात्र चिकित्सकलाई लापर्बाहीको दोषी मान्न मिल्दैन। उसले छानेको कोर्ष मान्यता प्राप्त स्वास्थ्य व्यवसायमा स्वीकार्य रहेको चाहिँ हुनुपर्छ।

Patch V. Board of Governors को मुद्दामा निम्न सिद्धान्त प्रतिपादन भएको देखिन्छ। "चिकित्सकको दायित्व असीमित हुँदैन, चिकित्सकले वहन गर्नुपर्ने हेरचाहको स्तर भनेको अपवादात्मक व्यक्तिको हेरचाहको स्तर होइन। चिकित्सकहरु विमाकर्ता होइनन्। उनीहरु सवै सुरक्षाको प्रत्याभूति होइनन्। कुनै उपचारमा असफलता भयो भन्दैमा उनीहरुलाई लापर्बाहीमा जिम्मेवार वनाउन मिल्दैन। कानूनले के मात्रै आवश्यक मान्दछ भने एउटा सामान्य चिकित्सकमा रहनुपर्ने दक्षता र ज्ञानको व्यावसायिक ढंगले अभ्यास भयो की भएन भनेर हेरिन्छ।[21]

चिकित्सकको हेरचाहको मापदण्ड एउटा न्यायिक कसी हो जुन सामान्य चिकित्सकीय व्यवसायको स्तरका आधारमा तय गरिएको हुन्छ। हेरचाहको मापदण्ड (Standard of Care) विशुद्ध न्यायिक हो, प्राविधिक होइन। चिकित्सकको कार्यमा लापर्बाही थियो कि थिएन भनी निक्यौंल गर्न त्यही मापदण्डको आधारमा मापन गरिन्छ। हेरचाहको स्तर अदालतबाट तय गरिने भएको हुँदा यदाकदा चिकित्सकीय क्षेत्रमा सही देखिने कतिपय विषय न्यायिक परीक्षणको कसीमा लापर्बाही देखिन सक्छ वा चिकित्सक क्षेत्रमा गलत देखिएका कतिपय विषय न्यायिक कसीमा लापर्बाही नदेखिन सक्छ। मुद्दाको समग्र तथ्यको विवेचनाबाट न्यायिक निश्कर्ष निकाल्न सकिन्छ। चिकित्सकीय लापर्बाही कुनै खास विधामा मात्र सीमित गरी हेर्न मिल्दैन, अपितु अनेक विषयमा देखिन सक्ने हो। चिकित्सकीय लापर्बाही विरामीको अधिकारको समग्र अवस्थासँग पनि सम्बन्धित छ। जस्तैः गोपनीयताको अधिकार, पूर्व सुसूचित सहमतिको अधिकार, छनौटको अधिकार, भेदभावविना उपचार पाउने हक। उपभोक्ता विरामीको अधिकार उल्लंघन हुने कार्य गरेमा समेत चिकित्सकीय लापर्बाहीको सान्दर्भिकता आउन सक्दछ।

अदालतले हेरचाहको मापदण्ड तय गर्दा व्यवसायको सर्वोत्कृष्टतालाई आधार मानी तय गरेको होइन वल्कि मध्यमस्तरलाई आधार लिएको पाइन्छ। समान स्तरको व्यवसायीहरूमा पनि कसैको सेवा उत्तम हुन्छ भने कसैको सेवा औषत हुन्छ। सेवाको स्तरलाई आधार लिइएको होइन वरु सेवा दिने क्रममा मध्यमस्तरको हेरचाहको स्तर वहन गरेको हो होइन हेरिन्छ। यसैगरी उपभोक्ता विरामीले चिकित्सकको सेवा लिन स्वीकार गरिसकेपछि विशेषज्ञ चिकित्सकको सेवाको अपेक्षा गरी विशेषज्ञ हेरचाहको स्तरको आधारमा

---

[21] *Patch v. Board of Directors*, United Bristol Hospital – quoted in Modi's Medical Jurisprudence and Toxicology (25th ed., Lexis Nexis, 2016) at 106.

मापन गर्न मिल्दैन। समानस्तरकै हेरचाहको आधारमा लापर्बाही भए नभएको हेरिने हो। यसैगरी चिकित्सकीय सेवा आफैमा अचुक रामवाण होइन, जो सदासर्वदा सफल हुन्छ। उपचारबाट अपेक्षित परिणाम निस्कन नसकेको वा सफल हुन नसकेको भन्ने आधारमा समेत लापर्बाही भएको भन्न मिल्दैन। सामान्य भूल वा निर्णयमा त्रुटि भएको भन्ने आधारमा पनि लापर्बाही भएको भन्न मिल्दैन।

माथि उल्लिखित विश्लेषणको आधारमा भन्न सकिन्छ की उपचारमा लापर्बाही भन्नाले चिकित्सकले विरामीको उपचारमा ती कार्यहरु गर्‍यो जुन अन्य विवेकशील चिकित्सकले गर्ने थिएन अथवा उसको उपचारमा ती कमी कमजोरी भए जुन एउटा सामान्य विवेकशील चिकित्सकले गर्ने थिएन। चिकित्सकले अवलम्वन गरेको उपचार विधि र प्रकृयाहरु स्वीकार्य रहेकोमा कुनै अनपेक्षित परिणाम निस्कन गएमा अथवा त्यस सम्बन्धी अर्को उपचार विधि रहेकोमा वा एउटै विधिमा चिकित्सकको फरक मत रहेको कुरा उपचारमा लापर्बाहीको आधार बन्न सक्दैन। कुनै चिकित्सकको दक्षताको स्तर अर्को चिकित्सकको दक्षताभन्दा कम रहेको आधारमा चिकित्सकले उपचारमा लापर्बाही गरेको भन्न मिल्दैन। किनभने सेवाग्राहीहरुमा चिकित्सक छान्ने अधिकार रहन्छ। उपचारमा निस्केको अनपेक्षित परिणामको आधारमा चिकित्सकलाई उपचारमा लापर्बाही गरेको भन्न मिल्दैन। "उपचारमा समुचित सतर्कता नअपनाएको वा उपचार पद्धतिको स्वीकार्य मानकहरुको उल्लंघन गरेको वा रोगको गलत निदान गरेको वा गलत उपचार विधि अपनाएको वा विरामीलाई सही सूचना सम्प्रेषित नगरेको कारणले सेवाग्राहीलाई हानि नोक्सानी हुन गएमा चिकित्सकीय लापर्बाही गरेको मानिन्छ"[22] भनी *नेसार अहमद मियाविरुद्ध पृथ्वीचन्द्र अस्पताल समेत* (०६६-CI-०४२०) भएको को मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट सिद्धान्तसमेत प्रतिपादन भएको छ। Negligence हुनलाई अनिवार्य तत्व जस्तैः कसैले कुनै काम गर्छ जसको परिणाममा कुनै असर वा अपराधको तत्व हुन्छ र कसैको त्यस्तो कार्य हुन नदिन रोक्ने वा **Alert** गराउने कर्तव्य हुन्छ तर उसले नरोकी त्यस्तो कार्य हुनमा **Contribute** गर्छ। साथै, उसले समयमा त्यस्तो नहुन सजगता वा होसियारी अपनाउनु पर्नेमा नअपनाई काम गरेको हुन्छ। **Causation** आँखा टि.बि. लगायतको उपचार नभई **Tegrital** को लामो सेवनको कारणबाट भएको देखिएको र **Tegrital** को लामो सेवन गर्दा हुने असरमा **Alert** गराउने, सावधानी गराउने आदि सुरु र समयमै सबै कुरा जानकारी गराई **Alert** गराउनु पर्नेमा नगराएको कारण गरेको असर **Causation** अन्यत्रको उपचार नभइ **Tegrital** कै कारणबाट भएकाले यस्तोमा चिकित्सकलाई **Negligence** को आरोपबाट उन्मुक्ति दिन नमिल्ने[23] भनी व्याख्या गरिएको छ।

५. हेरचाहको मापदण्ड नेपालको सन्दर्भमा

चिकित्सकको उपचारमा लापर्बाही भएको छ, छैन भनी जाच्ने कसी (Standard of Care) हाम्रा सन्दर्भमा हामी आफैले तय गर्नुपर्छ। स्वास्थ्य सेवाका उपभोक्ताले उपचारमा सफल परिणामको अपेक्षा राख्ने भई उत्कृष्टता नै लापर्बाही जाच्ने कसी हुनुपर्ने अपेक्षा राख्ने देखिन्छ भने स्वास्थ्यसेवा प्रदायक अस्पताल र

---

[22] *देसर मिया वि. डा. प्रमोद पौडेल*, मुद्दा नं. ०६६-CI-०४२०।

[23] *डा. दिनेश विक्रम शाह वि. सृजना के. सी.*, ने.का.प. २०६६, निर्णय नं. ८२६२।

चिकित्सकले स्वास्थ्य सेवाको स्वायत्ततामा हस्तक्षेप नहोस् भन्ने अपेक्षा राख्ने भई सबैभन्दा तल्लो स्तर (Lowest Standard) नै मेरुदण्ड हुने आम अपेक्षा राख्ने देखिन्छ। उत्कृष्टताको मापदण्डलाई उपचारमा लापर्बाही जाच्ने कसी मान्ने हो भने चिकित्सकहरु विरामीको सेवामा भन्दा आफ्नो सुरक्षाप्रति सचेत हुने अवस्था आउँछ। यस विपरीत सबैभन्दा तल्लो स्तरलाई लापर्बाही जाच्ने कसी मान्ने हो भने उपभोक्ताले गुणस्तरीय सेवा पाउने अधिकार संकटमा पर्ने भई लापर्बाहीलाई वढावा मिल्ने एवं स्वास्थ्य सेवामा व्यापारीकरण बढ्ने सम्भावनालाई नकार्न मिल्दैन। यी दुवै मापदण्डहरुबाट न्याय पर्दैन र संविधानले परिकल्पना गरेको गुणस्तरीय सर्वसुलभ स्वास्थ्य नीतिमा सहयोग पुग्दैन। यसर्थ, गुणस्तरीय सेवा पाउने उपभोक्ताको अधिकार तथा स्वास्थ्य सेवामा स्वायत्तताका मूल्य मान्यताहरुको बीचमा हाम्रो स्वदेशी स्वास्थ्य सेवाको स्तर र संविधानले परिकल्पना गरेको स्वास्थ्य नीति समेतका आधारमा सन्तुलित मापदण्ड (Balanced Standard) अपनाउनु नै न्यायोचित हुन्छ। यही नै कमन लको विश्वव्यापी विधिशास्त्रीय मान्यता हो र भारतमा सन्तुलित मापदण्ड नै प्रचलनमा छ। हाम्रो स्वास्थ्य सेवाको स्तर, उपभोक्ताहरुको गुणस्तरीय सेवा पाउने अधिकार र कानून प्रणाली भारतसँग नजिक रहेको कारणले पनि भारतको सर्वोच्च अदालतले तय गरेको मापदण्ड हाम्रो न्यायिक परम्परामा यथार्थपरक भई अनुकरणीय छ।

६. कार्यकारणको सिद्धान्त (Doctrine of Causation)

कुनै चिकित्सकलाई लापर्बाहीमा दोषी रहेको ठहऱ्याउन सर्वप्रथम विरामीमा हुन गएको क्षति सो चिकित्सकले नै गरेको कार्य वा कर्तव्य विमुखताको परिणामस्वरूप हुन गएको हो भनी स्थापित हुनुपर्छ। विरामीमा हुन गएको शारीरिक वा मानसिक क्षतिको कारकतत्व चिकित्सकको कार्य नभएर विरामी आफैले गरेको लापर्बाही हो अथवा अन्य कुनै तेस्रो कारण हो भने सोको दोषी चिकित्सकलाई मान्नु दुष्कृतिको मान्यता विपरीत हुन जान्छ। यसैको जगमा कार्यकारणको सिद्धान्तको विकास भएको हो।

विरामीमा हुन गएको क्षतिको शोधभर्ना हुन न्यायोचित छ भनी मान्नका लागि विरामीमा पर्न गएको क्षति र चिकित्सकको लापर्बाहीबीचको कार्यकारणको सम्बन्ध स्थापित रहेको देखिनुपर्छ। यसैलाई कार्यकारणको सिद्धान्त (Doctrine of Causation) भनिन्छ। विपक्षीकै कारणले विरामीमा क्षति हुन गएको हो भन्ने स्थापित गर्ने प्रमाणको भार निवेदकमा नै रहन्छ। उपचार गर्दा कुनै बिरामीको मृत्यु हुन गएमा वा निजको जिउज्यानमा अन्य कुनै हानि नोक्सानी हुन गएमा सो को कारण (Causation) चिकित्सकको लापर्बाही हो वा होइन भन्ने हेरिनुपर्छ। मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को व्यवस्था अन्तर्गत "दायित्व व्यहोर्नुपर्ने दुष्कृति व्यक्तिको हेलचेत्र्याइँ, लापर्बाही, त्रुटि वा अकर्मण्यताको परिणामबाट नभई अन्य कुनै कारणबाट भएको हो भन्ने प्रमाणित गरेमा त्यस्तो दुष्कृतिबापत व्यहोर्नु पर्ने दायित्वबाट निजले फुर्सद पाउने छ।"[24] नेपाल र भारतमा कार्यकारणको सिद्धान्तलाई सामान्यतः प्रमाणको भार (Burden of Proof) को सिद्धान्तको रूपमा नै बुझिन्छ।

---

[24] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ६८३(२)।

लापर्बाहीका मुद्दामा कार्यकारण पुष्टि गर्न ३ वटा मान्य सिद्धान्तहरू अवलम्बन गरिएको पाइन्छ। (क) सो कार्य नभएको हुँदो हो त यो परिणाम आउने थिएन (But for test), (ख) मौका लोप हुनु (Loss of chance test) र (ग) वास्तविक कारण (Material contribution test) अर्थात् के कारणले घटना घटेको हो?

६.१ सो कार्य नभएको हुँदो हो त यो परिणाम आउने थिएन (But for test)

विपक्षी चिकित्सकले लापर्बाही नगरेको भए विरामीमा क्षति हुने थिएन भनी निवेदकले स्थापित गर्नुपर्छ, सो स्थापित हुन नसकेमा चिकित्सकलाई जिम्मेवार ठहऱ्याउन मिल्दैन। मुद्दाको तथ्यको बीचमा सम्भाव्यताको सन्तुलनको रोहमा विपक्षीको दुष्कृति नै उसको क्षतिको कारण हो भनी निवेदकले पुष्टि गर्नुपर्छ भन्ने जाँचलाई नै 'But for' test भनिन्छ। 'But for' Test लाई सर्वप्रथम *Mc Ghee v. National Coal board*[25] को मुद्दामा प्रतिपादन गरिएको थियो। Lord Wilberforce ले यसरी लेख्नु भयो।

"कतिपय मुद्दाहरूमा कारण प्रमाणित हुन असम्भव हुन जान्छ किनभने रोगका अनेक कारणहरूमध्ये कुन कारण हो भनी इमानदार चिकित्सकीय रायले पनि छुट्याउन सक्दैन। प्रमाणको विषमताबाट नियोक्ता वा कर्मचारीमध्ये को पीडित हुने हो भन्ने प्रश्न उपस्थित भएमा नीति वा न्यायको हकमा उत्तर के आउँछ भने यस जोखिमको रचनाकार जो हो, जसलाई क्षतिको सम्भावनाको पूर्वज्ञान हुन्छ, उसले नै नतिजा भोग्नुपर्छ।" यस मुद्दामा परिणामको कारण स्थापित गर्ने प्रमाणको भार निवेदकमा रहन्छ भनी स्थापित भएको छ।[26]

क्यानडाको *Snell v. Farrell* को मुद्दामा निवेदकले सर्जरीका लागि चिकित्सकको सेवा लिएका थिए। सोही सर्जरी गर्ने क्रममा विरामीमा आघात देखिन पुग्यो। फलस्वरूप उनले दृष्टि गुमाए। यसमा चिकित्सकको लापर्बाही कै कारणले विरामीको दृष्टि गुमेको हो वा होइन भन्ने कुरा निश्चित रुपमा कुनै पनि विशेषज्ञको रायले खुलाउन सकेन। सर्जरी गर्दा Retro-bulbar Bleed उत्पन्न भएको हुँदा लापर्बाही भएको थियो भन्नेमा शंका थिएन। जसले आघातको जोखिम बढाएको थियो। तर सोही कारणले दृष्टि गुमेको भन्ने स्पष्ट रुपमा भन्न सक्ने अवस्था थिएन। यसमा कर्तव्य, उल्लंघन र विरामीमा पर्न गएको क्षतिका बीचमा कार्यकारणको सम्बन्ध पुष्टि हुने वा नहुने भन्ने ठहर गर्नका लागि निम्न कुराहरू देखिनु पर्छ भनी सिद्धान्त प्रतिपादन भयो[27]।

---

[25] *Mc Ghee v. National Coal Board,* [1972] 3 All E.R. 1008, 1 W.L.R. 1,

[26] McGhee v National Coal Board, [1972] 3 All E.R. 1008, 1 W.L.R. 1,

[27] Snell v. Farrell, [1990] 2 S.C.R. 311. At the Supreme Court of Canada, Sopinka J. noted that:

- Causation need not be determined with scientific precision;
- Fact-finders are to take a "robust and pragmatic approach" to the facts relied upon by an injured person to support the conclusion that the misconduct of a defendant is a factual cause of his or her injury;
- Where the relevant facts are particularly within the knowledge of the defendant "very little affirmative evidence will be needed to justify an inference of causation, in the absence of evidence to the contrary"; and

- ∗ कार्यकारण (Causation) वैज्ञानिक सुनिश्चितताका साथ नै निक्योल गर्नुपर्छ भन्न मिल्दैन।
- ∗ पीडितमा हुन गएको क्षतिको विपक्षीको कार्य वा अकार्यको दुष्परिणाम नै हो वा होइन भनी निश्कर्षमा पुग्नका लागि जाँचबुझकर्ताले पीडितले खुलाएका तथ्यहरू व्यावहारिक रूपमा केलाउनु पर्छ।
- ∗ उल्लिखित सम्बद्ध तथ्यहरू विपक्षीको पूर्वज्ञानमा रहेको देखिएको अवस्थामा सोमा क्षतिको कारण (Causation) के हो भन्ने निश्कर्ष पुष्टि गर्न सामान्यत बलियो प्रमाणको आवश्यकता पर्दैन।
- ∗ तथ्यगत कारणसम्बन्धी प्रश्नको हल सामान्य ज्ञानको आधारमा निकाल्नु पर्छ।

यस मुद्दामा विरामीमा पर्न गएको क्षतिको कारण चिकित्सकको कार्य वा अकार्य नै हो भनी निश्कर्षमा पुग्नका लागि सधै वैज्ञानिक प्रमाण नै चाहिन्छ भन्ने होइन। बरु तथ्यको विश्लेषणका आधारमा व्यावहारिक तरिकाले पनि सो को निश्कर्ष आउन सक्छ भन्ने सिद्धान्त प्रतिपादन हुन आएको छ। यसमा माथि उल्लिखित Mc Ghee को मुद्दामा प्रतिपादित 'But for' Test को प्रयोगलाई पुनर्ताजगी गरेको पाइन्छ।

६.२ मौका लोप हुनु (Loss of Chance Test)

Loss of chance doctrine को बारेमा क्यानडाको सर्वोच्च अदालतबाट *Laferriere v. Lawson*[28] को मुद्दामा विस्तृत रूपमा चर्चा गरेको पाइन्छ। यो मुद्दाको तथ्य हेर्दा, विरामीको उपचार गर्दा तिनको छातीमा biopsy गरिएको थियो, निज Carcinoma बाट पीडित रहेको भनी Pathology report बाट देखिएको भए तापनि विरामीलाई सोको जानकारी दिइएको थिएन। निजलाई क्यान्सर भएको सम्म जानकारी दिइएको थियो। विरामीले सो कुरा थाहा पाएपछि सो रोग (Carcinoma) को उपचार गर्ने अवसरबाट वञ्चित भएको भनी चिकित्सकको लापर्बाहीमा मुद्दा दायर गरेकी थिइन्। अदालतले यसमा Loss of Chance Test आकर्षित नहुने ठहर गर्दै निम्न बमोजिम व्याख्या गरेको पाइन्छ :

क. देवानी दायित्व स्थापित गर्न दोष, कार्यकारण (Causation) र क्षतिको प्रमाण आवश्यक पर्छ।

ख. कार्य वा अकर्म दुबै दोष हुन सक्छन्। कार्यकारण (Causation) को विश्लेषणमा दुबै सान्दर्भिक हुन्छन्।

ग. कानूनी कार्यकारण (Causation in Law) र वैज्ञानिक कार्यकारण (Scientific Causation) एक अर्कामा समान होइनन्।

घ. तथ्यगत र तथ्याङ्कीयलगायत समग्र प्रमाणको विश्लेषण गरी सम्भाव्यताको सन्तुलन मनन गरी कार्यकारण (Causation in Law) स्थापित हुन्छ।

ङ. केही मुद्दाहरूमा दोषबाट स्पष्टतः खतराको संकेत आउँछ र सो खतरा घटको अवस्थामा पनि हुन सक्दछ अन्यथा देखिएको अवस्थामा बाहेक यिनका बीचमा कार्यकारणको सम्बन्ध रहेको छ भन्ने अनुमान तर्कसंगत हुन्छ।

- Factual causation is a question to be answered by the application of “ordinary common sense”.

[28] *Laferriere v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R.

च. तथ्यांकीय प्रमाणहरू संकेतात्मक रूपमा सहयोगी हुन्छन्, निर्णायक होइन। खासगरी सम्भाव्यताको सन्तुलनको रोहमा तथ्याङ्कीय प्रमाणले कार्यकारण पुष्टि नहुने अवस्थामा पनि अन्य प्रमाणबाट पुष्टि हुने अवस्था रहेमा कानूनी कार्यकारण स्थापित हुन सक्छ।

छ. सम्भाव्यताको सन्तुलनको रोहमा तथ्यांकीय र तथ्यगत प्रमाणबाट दावीको क्षति भएको निश्कर्ष आउन सक्ने अवस्था नरहेमा पनि यस्ता प्रमाणहरू दावीभन्दा कम क्षति भएको निश्कर्ष आउने प्रमाण हुन सक्छन्।

ज. दोषको खास प्रकृति वा कर्तव्यको उल्लंघन तथा सोको परिणामबीचको सम्बन्धका साथसाथै विरामीले भोगेको क्षतिको स्वरूपसमेत निक्यौंल गर्न प्रमाणको सतर्कतापूर्वक विश्लेषण गर्नुपर्छ।

झ. उल्लिखित समग्र तथ्यको विश्लेषणबाट सम्भाव्यताको सन्तुलनको रोहमा कुनै वास्तविक क्षति भएको छैन भन्ने न्यायकर्तालाई लागेमा मात्र पीडितलाई क्षतिपूर्ति भराउन इन्कार गर्न मिल्छ।

६.३ वास्तविक कारण Material Contribution Test

विपक्षीबाट लापर्बाहीयुक्त कार्य भएको हो भनी कतिपय अवस्थामा पुष्टि गर्न असम्भव हुन्छ। लापर्बाहीयुक्त कार्य, जसले क्षतिको जोखिम सिर्जना गर्दछ, क्षति त्यही कार्यको परिणामस्वरूप हुन गएको हो भनी स्थापित गर्न असम्भव हुन जान्छ। ‘But for’ Test को कठोर प्रयोग वा वैज्ञानिक मापदण्डको प्रयोग मात्रबाट न्यायसम्म पुग्न नसकिने कतिपय अवस्थाहरू छन् भनी अदालतले पहिचान गरेको छ। तसर्थ न्यायको खोजीको क्रममा अदालतले 'But for' Test को अपवादको रुपमा 'Material Contribution' Test को प्रतिपादन गरेको पाइन्छ।

त्यसैगरी क्यानडामा *Athey v. Leonati*[29] को मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट निम्नबमोजिम कार्यकारणको आधारभूत सिद्धान्तहरू तय गरेको पाइन्छः

१. देवानी मुद्दामा सम्भाव्यताको सन्तुलनको रोहमा निवेदकले विपक्षीबाट क्षति हुन गएको हो वा क्षति हुनमा योगदान हुन गएको हो भनी प्रमाणित गरेमा कार्यकारण (causation) स्थापित हुन्छ।

२. कार्यकारणको ‘But for’ test नै सामान्य मापदण्ड हो तर निर्णायक होइन जस अन्तर्गत विपक्षीले लापर्बाही नगरेको भए क्षति पुग्ने थिएन भनी निवेदकले पुष्टि गर्नुपर्छ।

---

[29] *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458. Supreme Court of Canada stated that:

- Causation is established where the plaintiff proves to the civil standard on a balance of probabilities that the defendant caused or contributed to the injury;
- The general, but not conclusive, test for causation is the “but for” test, which requires the plaintiff to show that the injury would not have occurred but for the negligence of the defendant;
- The “but for” test is unworkable in some circumstances, so the Courts have recognised that causation is established where the defendant’s negligence “materially contributed” to the occurrence of the injury;
- A contributing factor is material if it falls outside the de minimis range.

३. 'But for' Test ले कतिपय अवस्थामा काम नगर्न सक्छ। तसर्थ क्षति पुग्नमा विपक्षीले सारभूत रूपमा वा वास्तवमा योगदान गरेको हो भनी पुष्टि भएको अवस्थामा कार्यकारण (Causation) स्थापित हुन्छ।
४. न्यूनतम क्षेत्रभन्दा बाहिरको योगदान रहेमा मात्र वास्तविक योगदान मानिन्छ।

क्यानडाको सर्वोच्च अदालतबाट *Resurfice Corp v. Hanke* को मुद्दामा 'Material Contribution' Test को बारेमा अझ स्पष्ट गरेको पाइन्छ।
"कार्यकारण स्थापित गर्ने आधारभूत सिद्धान्त 'But for' Test नै हो जस अन्तर्गत निवेदकलाई भएको क्षति विपक्षीको कार्यसँग असम्बन्धित रहेमा विपक्षीलाई सोको लागि जिम्मेवार बनाउन मिल्दैन। 'Material Contribution' Test अपवादात्मक अवस्थामा मात्र आकर्षित हुन सक्छ। 'But for' Test को प्रयोग गरी विपक्षीको लापर्बाहीको कारणले नै निवेदकलाई क्षति पुग्न गएको हो भनी पुष्टि गर्न असम्भव रहेको अवस्था देखिएमा तथा निवेदक उपरको क्षति निवेदकप्रति विपक्षीको रेखदेख गर्नुपर्ने कर्तव्यको उल्लंघन (Breach of Duty of Care) बाट सिर्जित जोखिमको दायराभित्र रहेको अवस्था देखिएमा मात्र 'Material Contribution' Test आकर्षित हुन्छ।"[30]

संयुक्त अधिराज्यमा House of Lords ले *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Limited and Others*[31] को मुद्दामा दोहोरा कार्यकारणको सिद्धान्त प्रतिपादन गरेको पाइन्छ।
क) 'ग' लाई क र ख ले फरक फरक समयावधिका लागि नोकरी दिएका थिए।
ख) 'ग' को समुचित हेरचाह गर्ने कर्तव्य वा Asbestos Dust स्वासको माध्यमबाट नछिरोस् भनी रोक्ने कर्तव्य क र ख दुबैमा थियो, Asbestos लिन गएको खण्डमा Mesothelioma हुने जोखिमको जानकारी दुवैमा थियो।
ग) 'ग' ले कार्य अवधिभित्र Asbestos Dust लिन पुगेको अवस्था हुँदा क र ख दुवैले हेरचाहको कर्तव्य उल्लंघन गरेको देखियो।
घ) परिणामस्वरूप 'ग' Mesothelioma को रोगी हुन गयो।
ङ) 'ग' मा देखापरेको Mesothelioma उसले नोकरीको दौरानमा श्वासको माध्यमबाट लिएको Asbestos Dust बाहेक अरू थिएन।
च) सम्भाव्यताको सन्तुलनको रोहमा उसमा देखापरेको Mesothelioma 'क' सँगको नोकरीको दौरानमा भएको हो वा 'ख' सँगको नोकरीको दौरानमा हुन गएको हो वा दुवै अवस्थामा हो भनी पुष्टि गर्न 'ग' का लागि असम्भव देखियो।

'क' र 'ख' ले 'ग' लाई करारको माध्यमबाट जोखिममा पारेको, सो जोखिम रोकथाम गर्नुपर्नेमा नगरेकोले 'क' र 'ख' दुबै जना ग को रोगको वास्तविक कार्यकारण रहेको भनी House of Lords ले ठहर गऱ्यो।

---

30 *Resurfice Corp. v. Hanke* (2007 SCC 7).

31 *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Limited and Others*, [2002] UKHL 22.

त्यसैगरी यस सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतले एउटा मुद्दामा सिद्धान्त प्रतिपादन गरेको छ कि "विरामीको उपचारमा Preoperative Investigation, Intraoperative र Post-operative Treatment सबै Cataract Surgery Protocol अनुरुप नै रहेको देखियो। प्रतिवादीहरु फत्तेबाल आँखा अस्पताल एवम् उपचारमा संलग्न चिकित्सकले बिरामी रत्नकुमारी गिरीको उपचारका सबै हेरचाह गर्ने (Duty of Care) Standard Protocol को विधि अनुरुप चिकित्सकले हेरचाहको स्तर (Standard of Care) पूरा गरेको देखियो। विरामीलाई अस्पतालबाट डिस्चार्ज गरेपछि विरामीको आँखामा देखापरेको Post-Operative Uveitis को विरामीकै लापर्बाहीका कारणले समयमा उपचार हुन नसकी आँखाको दृष्टि गएको देखिएकोले सोबाट चिकित्सकको हेरचाहको कर्तव्य उलङ्घन भएको मान्न मिलेन। चिकित्सकले उपचारमा अपलम्बन गरेको विधि र प्रकृया स्वीकार्य रहेको अवस्थामा कुनै अनपेक्षित दुष्परिणाम घटेको आधारमा वा चिकित्सकीय क्षेत्रमा अन्य कुनै उपचार विधि रहेको आधारमा वा स्वीकृत विधिमा अन्य कुनै विमति रहेकै आधारमा चिकित्सकले आफ्नो कर्तव्य उलङ्घन गरेको ठहर गर्न विधिशास्त्रीय मान्यता र फौजदारी कानूनको सिद्धान्तविपरीत हुन जान्छ।" [32]

उपरोक्त विवेचनाबाट चिकित्सकीय लापर्बाहीका सन्दर्भमा कार्यकारणको विधिशास्त्रलाई बुँदागत रुपमा यस प्रकार उल्लेख गर्न सकिन्छ।

१. विपक्षीले लापर्बाही नगरेको भए आफूलाई हानि नोक्सानी पुग्ने थिएन भनी निवेदकले पुष्टि गर्नुपर्छ ('But for' Test)। यस परीक्षणलाई कठोरतापूर्वक प्रयोग गर्नु हुँदैन। यसको अर्थ हो निर्णायक, निश्चित र वैज्ञानिक प्रमाणको अभावमा पनि कार्यकारणको निश्कर्षमा पुग्न सकिन्छ।
२. हानि नोक्सानीको विविध कारणहरू विद्यमान रहेको तर सो हानि नोक्सानीमा विपक्षीको लापर्बाहीको नै वास्तविक योगदान रहेको भनी निवेदकले पुष्टि गर्न सकेको अवस्थामा दावीबमोजिमको भूमिकाको अधीनमा रही सो हानि नोक्सानीको दायित्व विपक्षीले व्यहोर्नुपर्छ।
३. दुई अवस्थामा 'Material Contribution' Test आकर्षित हुन्छ। पहिलो 'But for' Test को आधारमा विपक्षीको लापर्बाहीको कारणले नै आफूलाई हानि नोक्सानी पुग्न गएको हो भनी पुष्टि गर्न निवेदकलाई असम्भव रहेको अवस्था विद्यमान भएमा। दोस्रो निवेदकलाई हुन गएको हानि नोक्सानी विपक्षीको हेरचाहको कर्तव्य उल्लंघनबाट सिर्जित जोखिमको दायराभित्र नै रहेको अवस्था विद्यमान हुनुपर्छ।
४. विपक्षीले कुनै खास हानि नोक्सानी हुने जोखिम सिर्जना गरेको अवस्था निवेदकले पुष्टि गरेमा तथा सो हानि नोक्सानी घट्न गएको अवस्था पुष्टि भएमा प्रमाणको पर्याप्तताको आधारमा जोखिमको सिर्जना नै हानि नोक्सानीको प्रधान कारक रहेको मान्नुपर्छ र कार्यकारण (Causation) स्थापित हुन्छ।
५. प्रमाणको भार निवेदकबाट विपक्षीमा स्थानान्तरण हुन्छ। यदि विपक्षीले जोखिमको परिधि सिर्जना गरेको र सोही परिधिभित्र हानि नोक्सानी घट्न गएको हो भनी निवेदकले स्थापित गर्न सकेको

[32] *Ishwor Kumar Giri v. Fattebal Eye Hospital*, 075-CP-0038, High Court Nepalgunj (*Unpublished Decision).*

अवस्थामा विपक्षीले दायित्वबाट फुर्सद पाउनका लागि हानि नोक्सानीको कारण अरू नै थियो भनी अन्यथा पुष्टि गर्नुपर्छ।

७. चिकित्सकीय लापर्बाहीसम्बन्धी प्रचलित कानूनी व्यवस्था

चिकित्सकीय लापर्बाहीका विवादहरु मूलतः दुष्कृतिको कानून अन्तर्गत न्याय निरूपण हुने विषय हुन्। यसमा पीडकको कार्य मनसाय र पीडाको गाम्भीर्यतासमेतलाई विचार गरी पीडकको दायित्व निर्धारण गरिन्छ। दुष्कृति कानूनमा सिद्धान्ततः चिकित्सकीय लापर्बाहीलाई ३ वर्गमा विभाजित गरी हेरिएको पाइन्छ। (१) मनसाययुक्त दुष्कृति (Intentional Tort) (२) लापर्बाहीयुक्त दुष्कृति (Negligent Tort) (३) कठोर दायित्वको दुष्कृति (Strict Liability Tort)।

सामान्यतया चिकित्सकीय लापर्बाहीबाट उत्पन्न हुने दायित्वलाई २ वर्गमा विभाजित गरी हेर्न सकिन्छ। देवानी दायित्व र फौजदारी दायित्व। चिकित्सकीय लापर्बाहीमा फौजदारी दायित्व उत्पन्न हुनका लागि आपराधिक मनसाय (Criminal Intent) देखिनुपर्छ। पीडकले आपराधिक मनसाय राखी जानाजानी लापर्बाही गरी विरामीलाई हानि नोक्सानी पुऱ्याएको अवस्था विद्यमान हुनुपर्छ। आपराधिक मनसाय विना अपराध हुँदैन भन्ने फौजदारी कानूनको सिद्धान्त यसमा पनि आकर्षित हुन्छ। आपराधिक मनसाय कतिपय अवस्थामा दोषको गाम्भीर्यताको आधारमा हेरिन्छ।

लापर्बाही कुन अवस्थामा फौजदारी र कुन अवस्थामा देवानी हुने भन्ने सम्बन्धमा *Rex v. Bateman* को मुद्दामा Chief Justice Lord Hewart ले बोल्नु भएको फैसलाको सारतत्व उल्लेख गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ। "यदि 'क' को लापर्बाहीबाट 'ख' को ज्यान गएको भन्ने विषय रहेमा, देवानी दायित्व स्थापित गर्नका लागि 'क' को 'ख' लाई हेरचाहको कर्तव्य (Duty of Care) रहेको, त्यो कर्तव्यबाट विमुख भएको र परिमाणतः 'ख' को ज्यान गएको भन्ने स्थापित हुनुपर्छ। 'क' उपर फौजदारी दायित्व स्थापित हुन माथि उल्लिखित ३ तत्वका अतिरिक्त अभियोजन पक्षले 'क' को कार्य अपराध रहेको पुष्टि गर्नुपर्छ। देवानी मुद्दामा कानूनबमोजिम आवश्यक हेरचाहको स्तरबाट 'क' विमुख भएको स्थापित भएको देखिनु पर्छ। यसमा 'क' को दायित्व क्षतिको मात्रामा भर पर्छ न कि लापर्बाहीको श्रेणीमा। फौजदारी मुद्दामा यसका विपरीत लापर्बाहीको श्रेणी र मात्रा नै निर्णायक तत्व मानिन्छ। यसमा आपराधिक मनसायको विद्यमानता देखिनु पर्छ। अभियोजन पक्षले अभियुक्तको लापर्बाहीपूर्ण कार्य क्षतिपूर्तिबाट परिपूरण हुने विषयभन्दा बढी थियो। साथसाथै अर्काको सुरक्षा र जीवन उपर यति उपेक्षा गरिएको थियो कि राज्यविरूद्धको अपराध नै रहेको देखिएको र सजायको भागीदार देखिएको अवस्था थियो भन्ने पुष्ट हुनुपर्छ।"

बेलायत र भारतका अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्तसमेतको विश्लेषण गरी हेर्दा के निश्कर्ष आउँछ भने चिकित्सकीय लापर्बाहीमा लापर्बाहीको श्रेणी (Degree of Negligence) धेरै नै उच्च गम्भीर प्रकृतिको लापर्बाही (Gross Negligence) बाट आपराधिक मनसाय (Criminal Intent) विद्यमान रहेको अवस्था छ भने आपराधिक लापर्बाही (Criminal Negligence) हुन्छ। चिकित्सकीय लापर्बाहीको श्रेणी सामान्य रहेको तर

पीडितलाई क्षति पुगेको अवस्था विद्यमान छ भने देवानी कानून अन्तर्गतको दायित्व (Civil Negligence) हुन जान्छ। आपराधिक लापर्बाहीको कसुरमा दोषको मात्रा अनुसार सजाय निर्धारण गरिन्छ भने देवानी दुष्कृतिमा क्षतिको मात्राको अनुपातमा पीडितलाई क्षतिपूर्ति भराइन्छ।

नेपालको कानून प्रणालीमा चिकित्सकीय लापर्बाहीमा देवानी दायित्व वा फौजदारी दायित्व हुन सक्ने मान्यतालाई ग्रहण गरेको पाइन्छ। मुलुकी देवानी संहिताको दफा ६७२ को उपदफा (१) अनुसार "कसैले आफ्नो वा यस परिच्छेदबमोजिम आफैंले दायित्व बहन गर्नुपर्ने अरू कसैको त्रुटि, हेलचेत्र्याइँ वा लापर्बाही जे सुकैबाट भएतापनि गरेको कुनै काम वा अकर्मण्यताबाट कसैको जिउ, ज्यान वा सम्पत्ति वा कानूनबमोजिम संरक्षित हक वा हितमा कुनै किसिमले हानि नोक्सानी पुऱ्याउनु हुँदैन। उपदफा (२) अनुसार "उपदफा (१) बमोजिमको काम वा अकर्मण्यताका सम्बन्धमा पक्षहरूबीच कुनै पूर्ण करार सम्बन्धमा भएको रहेनछ भने त्यस्तो काम वा हेलचेत्र्याइको परिणामस्वरूप उत्पन्न हानि नोक्सानीलाई दुष्कृति गरेको मानिन्छ।" त्यसैगरी मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ६८२ को उपदफा (१) अनुसार "यस परिच्छेदबमोजिम भएको दुष्कृतिबापतको दायित्व व्यहोर्नु पर्दा दुष्कृति गर्नेले क्षतिपूर्ति व्यहोर्नु पर्नेछ र अदालतले मनासिव क्षतिपूर्ति भराउन अदालतले आदेश दिन सक्नेछ" भन्ने व्यवस्था गरेको छ।

मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ को दफा २३२ को उपदफा (१) को व्यवस्था हेर्दा "कानून बमोजिम इलाज गर्न पाउने व्यक्तिले कसैको इलाज गर्दा पर्याप्त होसियारी वा सावधानी नअपनाई लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँ गरी इलाज गर्न औषधि दिन वा खान सिफारिस गर्न वा चिरफार गर्न हुँदैन" र सो बमोजिमको कामबाट कसैको ज्यान मर्न गएमा वा अङ्गभंग भएमा पाँच वर्ष कैद र पचास हजार रूपैयाँसम्म जरिवाना र हेलचेत्र्याइँ गरेको कारणबाट मरेकोमा वा अंगभंग भएकोमा ३ वर्षसम्म कैद र तिस हजार रूपैयासम्म जरिवाना हुनेछ।यी दुवै प्रावधान तुलनात्मक रूपमा हेर्दा कसैको हेलचेत्र्याइँको परिणामस्वरूप उत्पन्न हुने हानि नोक्सानीलाई दुष्कृति भनिन्छ भने कसैले पर्याप्त सावधानी नअपनाई लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँ गरी इलाज गरेमा इलाजसम्बन्धी कसुर गरेको मानिन्छ।

यसका साथै मुलुकी देवानी संहिताको दफा ६८३(१) को व्यवस्था हेर्दा “यस परिच्छेदमा अन्यत्र जुनसुकै कुरा लेखिएको भए तापनि यस परिच्छेद बमोजिम दायित्व व्यहोर्नुपर्ने दुष्कृतिलाई कानूनबमोजिम फौजदारी कसुर मानिएको वा त्यस्तो दुष्कृतिका सम्बन्धमा यस ऐन वा अन्य कानूनमा छुट्टै व्यवस्था वा छुट्टै कानूनी उपचारको व्यवस्था भएकोमा यस परिच्छेदबमोजिमको दायित्व व्यहोर्नुपर्ने छैन” भनी फौजदारी र विषेश प्रकृतिको दायित्वलाई प्राथमिकता दिइएको छ। साथै, देवानी संहिताको उक्त व्यवस्थाले दुष्कृतिजन्य दायित्वमा समेत दोहोरो खतराको सिद्धान्तलाई अंगालेको हो की भनी तर्क गर्न सकिने अवस्था छ।

मुलुकी देवानी संहिताको परिच्छेद १७ अन्तर्गत दुष्कृतिसम्बन्धी गरेको व्यवस्थाका अतिरिक्त चिकित्सकीय लापर्बाहीको विवादमा उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ को प्रावधानसमेत आकर्षित हुने व्यबस्था छ। खासगरी मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ देखि प्रारम्भ हुनुअघि उपचारमा लापर्बाही गरेको सम्बन्धी विवाद

तत्काल प्रचलित उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०५४ अन्तर्गत कारवाही गरिएको पाइन्छ। उपभोक्ता संरक्षण ऐन २०७५ को दफा ७ को उपदफा (२) का प्रावधान हेर्दा उपदफा (१) बमोजिमको दायित्व पूरा नगरेको कारण त्यस्तो वस्तु वा सेवाको उपभोग गर्दा कसैको जिउ, ज्यान वा सम्पत्तिमा हानि नोक्सानी भएमा सोको दायित्व त्यस्तो वस्तु वा सेवाको उत्पादक हुनेछ र त्यसबापत क्षतिपूर्ति दिने दायित्व निजको हुनेछ। उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ ले' त्रुटिपूर्ण उत्पादन भन्नाले वस्तु वा सेवाको प्रकृति अनुसार सम्भावित जोखिम वा खतरालाई नियन्त्रण गर्ने पर्याप्त उपाय वा पूर्व सावधानीको अभाव रहेको उत्पादन भन्ने बुझिन्छ। ऐनको दफा २ को देहाय (द) अनुसार स्वास्थ्य सेवा एवं चिकित्सकीय सेवालाई यस ऐन अन्तर्गतको सेवाको परिभाषाभित्र परेको देखिन्छ। यसरी उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ को समग्र अध्ययन गर्दा गुणस्तरीय वस्तु वा सेवाको उत्पादन गर्ने दायित्व एवं त्रुटिपूर्ण उत्पादन गर्ने दायित्व विपरीत चिकित्सा सेवाको उपभोग गर्दा कसैको जिउ, ज्यान वा सम्पत्तिमा पर्न गएको हानि नोक्सानी हुन गएमा चिकित्सकीय लापर्बाही गरेको मान्नु पर्ने हुन्छ। चिकित्सकीय लापर्बाहीका विषय समावेश रहेको विषयमा दुष्कृतिको कानून आकर्षित हुने र उपभोक्ता संरक्षण ऐन, २०७५ को प्रावधानसमेत आकर्षित हुने अवस्था हुँदा यी दुवै कानूनको व्याख्या गर्दा कानून व्याख्याको सिद्धान्तहरूको सहयोग लिई विवादको सम्बोधन गर्नु न्यायोचित हुन्छ।

मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को परिच्छेद १७ को समग्र अध्ययन गर्दा दुष्कृतिको दायित्व व्यहोर्नु पर्दा दुष्कृतिको मात्राको अनुपातमा अलग अलग दायित्व निर्धारण गर्न सकेसम्म सोही बमोजिम र नसकिएमा दुष्कृतिको लागि जिम्मेवार व्यक्ति सबैले समान रुपमा दायित्व व्यहोर्नु पर्नेछ। यस प्रावधान अनुसार चिकित्सकीय लापर्बाहीमा संलग्न चिकित्सकहरुको लापर्बाही अलग अलग गरी हेर्न सक्ने अवस्थामा सोही बमोजिम दोषको मात्राअनुसार दायित्व निर्धारण हुन सक्छ। सो हुन नसकेमा लापर्बाहीमा संलग्न सबैले समान रुपमा दायित्व वहन गर्नुपर्ने हुन्छ। लापर्बाहीमा कुनै एक चिकित्सकको दोष मात्र देखिएमा निजले मात्र दायित्व वहन गर्नुपर्ने हुन्छ। यस परिच्छेद अन्तर्गत दुष्कृति मानिएको चिकित्सकीय लापर्बाही फौजदारी कसुरको रुपमा परिभाषित परेको अवस्थामा दुष्कृतिको दायित्व वहन गर्न नपर्ने कानूनले व्यवस्था रहेको छ। उपचार गर्दा कुनै बिरामीको मृत्यु हुन गएमा वा निजको जिउज्यानमा अन्य कुनै हानि नोक्सानी हुन गएमा सो को कारण (Causation) चिकित्सकको लापर्बाही हो वा होइन भन्ने हेरिनुपर्छ। दुष्परिणाम र लापर्बाहीबीचको कार्यकारणको सम्बन्ध स्थापित भएको अवस्थामा मात्र चिकित्सकले दायित्व व्यहोर्नुपर्ने छ भनी Doctrine of Causation लाई यसमा आत्मसात गरिएको पाइन्छ।

उपरोक्त विभिन्न प्रावधानहरुको अध्ययनबाट चिकित्सकीय लापर्बाहीमा अन्य कुराका अतिरिक्त निम्न निश्कर्षमा पुग्न सकिन्छ-

- चिकित्सकीय लापर्बाहीमा फौजदारी, देवानी वा अन्य दुष्कृतिको कानून आकर्षित हुन्छ।
- फौजदारी वा अन्य दुष्कृतिको परिभाषाभित्र नपरेका चिकित्सकीय लापर्बाहीमा मात्र देवानी दुष्कृतिको प्रावधान आकर्षित हुन्छ।

- आफूले त्रुटि, हेलचेत्र्याइँ वा लापर्बाहीपूर्वक कुनै उपचार गरी वा सावधानी नअपनाई गरेको उपचारको परिणामस्वरुप कसैको जिउ, ज्यान वा सम्पत्ति वा कुनै कानूनी हक हितमा हानि नोक्सानी पुग्न गएमा उपचारमा लापर्बाही गरेको मानिन्छ।
- दुष्कृतिको दायित्व अवस्थाअनुसार एकल वा सामूहिक हुन सक्छ र सोही बमोजिम क्षतिपूर्ति भराइदिनुपर्ने छ।
- चिकित्सकीय लापर्बाहीमा कार्यकारणको सिद्धान्त आकर्षित हुन्छ।

८. उपसंहार

चिकित्सकले बिरामीको उपचार गर्दा सम्बन्धित विधाको चिकित्सकीय मापदण्डबमोजिम गर्नुपर्ने कर्तव्यबाट विमुख भएको वा गर्न नहुने कार्य गरेको परिणाम स्वरुप बिरामीमा कुनै हानि नोक्सानी हुन गएमा चिकित्सकीय लापर्बाही वा उपचारमा लापर्बाही गरेको मानिन्छ। चिकित्सकीय लापर्बाही हुनका लागि चिकित्सकको बिरामीप्रति हेरचाहको कर्तव्य रहेको, चिकित्सकबाट सो कर्तव्य उल्लङ्घन हुन गएको, सो उल्लङ्घनको कारणले बिरामीमा हानि नोक्सानी हुने पूर्वज्ञान रहेको र हानि नोक्सानी सो चिकित्सकको कार्यकै परिणामस्वरुप हुन गएको हो भनी पुष्टि हुनुपर्छ। चिकित्सकले लापर्बाही गरेको देखिएमा दुष्कृतिको मात्रा र पीडितलाई पुग्न गएको हानि नोक्सानीको अनुपातमा क्षतिपूर्ति भराइदिनुपर्छ।

चिकित्सकको उपचार असफल हुन गएको वा कुनै अनपेक्षित दुष्परिणाम घटेकै आधारमा मात्र चिकित्सकीय लापर्बाही भएको मान्न मिल्दैन। चिकित्सकीय लापर्बाही हुनका लागि चिकित्सकको कार्य सम्बन्धित विधाको विवेकसङ्गत अभ्यासको स्तरबाट तल झरेको अवस्था देखिनुपर्छ। हेरचाहको मापदण्ड विशुद्ध न्यायिक हो, प्राविधिक होइन। यसको कुनै सर्वोत्कृष्ट नभई एक विवेकशील अभ्यासलाई नै उपयुक्त मानिन्छ। नेपालमा पनि विवेकशील चिकित्सकको समुचित स्तरलाई नै हेरचाहको मापदण्ड (Standard of Care) मानी न्यायमा यथार्थपरक र अर्थपूर्ण पहुँच सुनिश्चित हुन सक्छ।

चिकित्सकीय लापर्बाहीमा दोषी ठहर गर्न सर्वप्रथम बिरामीमा भएको हानि नोक्सानी चिकित्सकको कार्यको परिणामस्वरुप नै हुन गएको हो भनी पुष्टि हुनुपर्छ। यसका लागि चिकित्सकले लापर्बाही नगरेको भए बिरामीमा सो क्षति हुने थिएन (But for Test) भनी परीक्षण गरिनु पर्दछ। विषम परिस्थितिमा हेरचाहको कर्तव्यको उल्लङ्घनबाट सिर्जित जोखिमको दायराभित्र नै हानि नोक्सानी भएको (Material Contribution Test) का आधारमा पनि कार्यकारण स्थापित हुनसक्छ। कार्यकारण स्थापित हुन नसकेमा चिकित्सकबाट क्षतिपूर्ति भराइने अवस्था नआउन सक्दछ। अन्य कानून प्रणालीमा जस्तै नेपालमा पनि दुष्कृति ठहर गर्नमा कार्यकारणको सिद्धान्त अवलम्बन गर्नु वाञ्छनीय देखिन्छ।

दुष्कृतिजन्य दायित्व अन्तर्गत विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दायित्व

कैलाशप्रसाद सुवेदी *

१. अर्थ

सभ्य समाजमा कानूनद्वारा प्रत्याभूत वा संरक्षित व्यक्तिको जिउ ज्यान, सम्पत्ति तथा प्रतिष्ठालगायतका हक अधिकारलाई सबैले सम्मान गर्नुपर्छ। त्यस्तो हक अधिकार उपर कसैबाट कानून असम्मत रुपमा, अनधिकृत रुपमा र औचित्य विना अतिक्रमण वा हस्तक्षेप भएमा र त्यसबाट हक अधिकार धारकलाई हानि नोकसानी भएमा सो कार्यलाई दुष्कृति मानिन्छ। यसरी कुनै काम गरी वा नगरी (अकर्मण्यता) कसैको कानून संरक्षित हक अधिकारमा हानि नोकसानी पुऱ्याएबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने दायित्वलाई दुष्कृतिजन्य दायित्व मानिन्छ। मूल रुपमा दुष्कृतिजन्य दायित्व सिर्जना हुनको लागि व्यक्तिको जिउ, ज्यान वा सम्पत्तिमाथि प्रत्यक्ष वा भौतिक रुपमा नोकसानी भएको हुनुपर्छ। अर्थात् भौतिक कार्यको परिणामस्वरुप हानि नोकसानी भएको हुनुपर्छ। उदाहरणको लागि कसैले कसैलाई कुटपिट गरेबाट घाउ चोट लाग्नु वा ज्यान जानु वा कसैको सम्पत्ति उपर तोडफोड गरी क्षति पुग्नु। यसरी भौतिक कार्यको परिणामस्वरुप जिउ ज्यान वा सम्पत्तिमा भएको हानि नोकसानीबाट त्यस्तो व्यक्तिलाई आर्थिक रुपमा हानि नोकसानी भएमा त्यसलाई परिणामात्मक हानि नोकसानी (Consequential loss) भनिन्छ। उदाहरणको लागि मोटर चालक दुर्घटनामा परेर हातले काम नगर्दा आयमा भएको आर्थिक हानि नोकसानी वा ट्याक्सी तोडफोड भएको कारण ट्याक्सी चलाउन नपाउँदा भएको आयको नोकसानी।[1] यस्तो हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुन्छ। कुनै व्यक्तिको जिउ ज्यान वा सम्पत्तिमा कुनै भौतिक हानि नोकसानी नभइकन भएको आर्थिक हानि नोकसानी र सोबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने दायित्वलाई दुष्कृतिजन्य कानूनमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी (Pure Economic Loss) भनिन्छ।[2]

विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्वलाई सम्पत्ति र जिउ ज्यानमा भएको हानि नोकसानीभन्दा पनि गुमेको अपेक्षा पनि भनिने गरेको छ। अर्थात् आर्थिक हानि नोकसानी भएको दावी गर्नु भनेको व्यक्तिले आफूले प्राप्त गर्ने अपेक्षा गरेको फाइदा प्राप्त गर्न नसकेको भन्ने दावी हो।[3] यसको कारण के हो भने अपेक्षाको संरक्षण सामान्यतया करारबाट हुन्छ किनकि करारका पक्षहरुलाई करारको (भविष्यगत) परिपालनामा अधिकार रहन्छ र सो करारबाट अपेक्षा गरिएको नाफा कानूनबाट संरक्षण गराउने

---

* माननीय जिल्ला न्यायाधीश।

[1] भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, *प्युर इकोनोमिक लस द वेज टु रिकभरि*, इजेसीएल, नेदरलैन्डस कम्पयारेटिभ ल एसोसिएसन, पृष्ठ ७, २००८; हर्वट व्रेन्सटिन, *सिभिल लायविलिटि फर प्युर इकोनोमिक लस अण्डर अमेरिकन टर्ट ल*, द अमेरिकन जर्नल अफ कम्प्यारेटिभल भलम ४६, १९९८, पृष्ठ १११, मार्क लुने र केन अलिफान्ट, *टर्ट ल टेक्सट एण्ड मेटरियल्स*, अक्सफोर्ड डे, तेस्रो संस्करण, पृष्ठ ३७६ ।

[2] जेम्स गोर्डले, फाउण्डेसन अफ प्राइभेट ल, अक्सफोर्ड, २००६, पृष्ठ २७१, जोन कुक, ल अफ टर्ट, पियर्सन, तेह्रौं सस्करण, २०१७, पृष्ठ ८७, मार्क लुने र केन ओलफिन्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३७६; भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, कपृष्ठ ७, हर्वट व्रेन्सटिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११२।

[3] स्टेफन ए स्मिथ, *अतियाज इन्ट्रोडकसन टु ल अफ कन्ट्रयाक्ट*, अक्सफोर्ड इन्टरनेनल स्टुडेन्ट संस्करण, २००६, पृष्ठ ३५६ ।

अधिकारसमेत रहन्छ।[4] विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्वको उदाहरणको रुपमा आफूले काममा लगाएको कर्मचारी कसैको कारणबाट दुर्घटनामा परी काममा लगाउने व्यक्ति वा संस्थालाई भएको आयको आर्थिक हानि नोकसानीलाई लिन सकिन्छ।

विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत दुष्कृतिजन्य दायित्व हुने नहुने भन्ने कुरामा विभिन्न मुलुकहरुमा विभिन्न अभ्यास रहेको छ। कमन ल प्रणाली अबलम्बन गरिएका मुलुकहरुमा अदालतको निर्णयबाट यो विकसित भएको छ भने महाद्विपीय कानून प्रणाली अवलम्वन गरिएका मुलुकहरुमा कानूनबाट वा कानूनको व्याख्याबाट विकसित भएको छ। यस सन्दर्भमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दायित्व विभिन्न मुलुहरुमा कसरी विकसित भयो भन्ने कुरा संक्षिप्त रुपमा चर्चा गर्नु उपयुक्त हुन्छ।

रोमन कानूनमा *lex aquilia* अन्तर्गत नियतवश वा हेलचेत्र्याइँबाट भएको हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने दायित्व स्वीकारिएको थियो। तर त्यसका दुईवटा सीमाहरु थिए। पहिलो, क्षति प्रत्यक्ष र भौतिक रुपमा भएमा मात्र दायित्व हुने थियो। यस सीमालाई रोमन विधिशास्त्रीहरुले lex अन्तर्गत दावी गर्न नसकिने अवस्थामा *actio in factum* र *actio utilis* अन्तर्गत दावी गर्न सकिने भनी हटाए र lex अन्तर्गत हानि नोकसानी भौतिक रुपमा पुगेको र क्षति पनि भौतिक रुपमा पुगेमा दावी गर्न सकिने हुन्छ। उदाहरणको लागि एक व्यक्तिले अर्को व्यक्तिलाई कुटपिट गरी चोटपटक पुऱ्याउनु वा घरको सिसा तोडफोड गरी क्षति पुऱ्याउनु। हानि नोकसानी भौतिक रुपमा भएको तर भौतिक रुपमा हानि नोकसानी नपुगेको अवस्थामा *actio in factum* अन्तर्गत दावी गर्न सकिने थियो। उदाहरणको लागि कसैको सुनको औँठी प्राप्त नहुने गरी नदिमा फालिदिनु। यसैगरी भौतिक रुपमा हानि नोकसानी नपुगेको अवस्थामा *actio utilis* अन्तर्गत दावी गर्न सकिने थियो। उदाहरणको लागि कसैको हातको जन्जिर खोली दिई भगाइदिनु[5]। अर्को सीमा भनेको कसैको कुनै कामबाट कुनै मानिसको मृत्यु भएमा सोबापत क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने थियो। उदाहरणको लागि कसैको कुनै कामबाट कुनै व्यक्तिको मृत्यु भएमा सो व्यक्तिको विधवाले व्यहोर्नु परेको आर्थिक हानि नोकसानी क्षतिपूर्ति प्राप्त हुन्थ्यो।[6] मध्यकालमा यी दुईवटा सीमाहरु समाप्त भएपछि[7] मध्यकालका र आधुनिक कालका विधिशास्त्रीहरुले कसैको कुनै कामबाट कसैलाई क्षति पुगेमा सोबापत निजले क्षतिपूर्ति प्राप्त गर्न सक्ने र क्षति भन्नाले व्यक्ति आफूसँग जे कुरा छ सोमा कमी आउनु हो भने। उदाहरणको लागि वकिलको दक्षताको अभावमा पक्षले हानि नोकसानी व्यहोर्नु परेमा निजले क्षतिपूर्ति प्राप्त गर्न सक्थे।[8] सैद्धान्तिक आधारमा हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने नहुने कुरा प्राकृतिक कानून स्कूलको अवधिमा स्पष्ट भयो। सेन्ट थोमस एक्विनाको यस विषयमा स्पष्ट धारणा रहेको थियो। उनको

---

[4] ऐजन।

[5] रिनहार्ड जिमरम्यान, *द ल अफ अब्लिगेसनः रोमन फाउण्डेसन अफ द सिभिलियन ट्रेडिसन,* १९९०, पृष्ठ ९९३-६; साभारः जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २६४।

[6] जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २६५।

[7] ऐजन, पृष्ठ २६६।

[8] ऐजन।

धारणा यस्तो रहेको छ : “कुनै मानिसले अर्को मानिसलाई हानि नोकसानी पुऱ्याएमा निजले सोबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्छ। हानि नोकसानी हुने वस्तु दुई खालका हुन्छनः पहिलो, मानिससँग वास्तविक रुपमा भएको वस्तु; यस्तो वस्तु हानि नोकसानी भएमा सोको मूल्य वरावरको क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्छ। अर्को वस्तु मानिससँग वास्तविक रुपमा हुँदैन तर पाउने क्रममा वा सम्भावना हुन्छ; यस्तो वस्तु पाउन वञ्चित गरिएमा वस्तुको मूल्य वरावरको नभई वस्तुको अवस्थाअनुसारको क्षतिपूर्ति पाउनुपर्छ। किनभने उसले सो वस्तु पाउँछ भन्ने निश्चित हुँदैन, त्यसमा विभिन्न वाधा व्यवधानबाट उसले सो वस्तु नपाउन पनि सक्छ[9]” सेण्ट थोमस एक्विनाको धारणा विपरीत क्याजेटन (Cajetan) ले कुनै मानिसले खोजिरहेको लाभमा उसको तत्कालसम्म हक भइसकेको छैन भने त्यसमा उसको अधिकार नै हुँदैन। त्यस्तो लाभबाट वञ्चित हुँदा वा नोकसानी हुँदा क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्दैन।[10] क्याजेटनको यही भनाई जर्मनी र बेलायतको आर्थिक हानि नोकसानीसम्बन्धी कानूनसँग मिल्दोजुल्दो छ।

२. आर्थिक दुष्कृति (इकोनोमिक टर्ट) र विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी

दुष्कृतिबाट सम्पत्ति वा शरीरमा भएको क्षतिबाट समान्यतया आर्थिक हानि नोकसानी हुन्छ नै। त्यस्तो आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति सबै कानूनी प्रणालीमा उपलब्ध हुन्छ। आर्थिक हानि नोकसानी हुने दुष्कृति विभिन्न प्रकारका रहेका छन्। तिनीहरु हुन् शरीर वा सम्पत्तिमा भएको क्षतिको परिणामस्वरुप हुने आर्थिक हानि नोकसानी (कन्सिक्वेनसियल लस), वित्तीय तथा औद्यौगिक काम कारबाहीको सिलसिलामा हुने आर्थिक हानि नोकसानी र सम्पत्ति वा शरीरमा क्षति नभइकन हुने विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी। परिणामात्मक हानि नोकसानीबाट हुने आर्थिक नोकसानीलाई विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी मानिंदैन किनभने यस्तो हानि नोकसानी सम्पत्ति वा शरीरमा भएको क्षतिको परिमाणस्वरुप हुन्छ र यस्तो आर्थिक हानि नोकसानीको सम्बन्ध त्यस्तो क्षतिसँग हुन्छ। अर्को प्रकारको आर्थिक दुष्कृति वित्तीय काम कारोवार, व्यापार तथा व्यवसाय, औद्योगिक उत्पादन, प्राकृतिक प्रकोपको सिलसिलामा हुन सक्छ। आधुनिक बजार अर्थतन्त्रमा व्यापार प्रतिस्पर्धा, हडताल, औद्योगिक कार्य जस्ता विभिन्न कारणबाट व्यक्तिका वित्तीय/आर्थिक हितहरु हरेक दिन जोखिममा परेका हुन्छन् र यस्तो कार्यबाट हुने आर्थिक नोकसानीको दायित्वलाई सीमित गर्नको लागि अलग्गै नियमहरु रहेका छन्।[11] यस्तो आर्थिक नोकसानीबापतको दायित्व सिर्जना हुनको लागि कुनै व्यक्तिले हानि नोकसानी पुऱ्याउने नियतले कानून असम्मत रुपमा काम गरेको हुनुपर्छ र दायित्व निम्न दुष्कृतिका लागि भएको देखिन्छ।[12]

क) विद्यमान करार भङ्ग गर्न उक्साउनु (इन्डुसिङ्ग ब्रिच अफ कन्ट्रयाक्ट)

ख) धाक धम्की दिनु (इन्टिमिडेसन)

ग) षडयन्त्र

---

[9] ऐजन, पृष्ठ २६८।

[10] ऐजन।

[11] मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३७५; अक्षय साप्रे *रतनलाल धिरजलालस ल, अफ टटर्स*, २० औ संस्करण, पृष्ठ ३६०, ३७२ पनि हेर्नुहोस्।

[12] मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३७५।

घ) व्यापार, व्यवसाय, कारोवारमा कानून असम्मत रुपमा हस्तक्षेप गर्नु।

विद्यमान करार उल्लंघन गर्न उक्साउने दुष्कृतिमा दुई पक्षबीच करार भएको हुन्छ र तेश्रो व्यक्तिले आफनो फाइदाको लागि त्यस्तो करारको कुनै पक्षलाई सो करार उल्लंघन गर्न उक्साउँछ। यसमा करार उल्लंघन गर्नेको प्राथमिक दायित्व हुन्छ भने करार उल्लंघन गर्न उक्साउनेको दोश्रो दायित्व हुन्छ। वेलायतमा *Lumley* v. *Gye* [13] को प्रख्यात मुद्दामा यो दुष्कृति स्थापित भएको थियो। यस मुद्दामा प्रतिवादीले बादीसँग नाचगानको करार भएको व्यक्तिलाई रकम दिई सो करार उल्लंघन गर्न उक्साएको थियो। कुनै व्यक्तिले अर्को व्यक्तिलाई गल्ती गर्न लगाएमा निजले मतियारको रुपमा दायित्व बहन गर्नुपर्छ भन्ने सिद्धान्तको आधारमा निर्णय भएको थियो। धाक धम्की दिएर अरुको काममा नोकसानी गराउने दुष्कृतिलाई कानून असम्मत माध्यमबाट आर्थिक हानि नोकसानी गराउने दुष्कृति मानिन्छ। यसको स्थापना धेरै पुरानो मुद्दा *Garret* v. *Taylor* (1620)[14] बाट उत्पत्ति भएको मानिन्छ। यसमा प्रतिवादीले बादीको ढुङ्गा खानीका ग्राहकलाई मुद्दा लगाइदिने भनी ढूङ्गा खरिद गर्ने कार्यबाट भगाएका थियो। वर्तमान समयमा *Emerald Construction Co. Ltd v. Lowthian*[15] को मुद्दालाई लिन सकिन्छ। यसमा युनियनका पदाधिकारीहरुले घर बनाउने ठेकेदारलाई उसले श्रमिक आपूर्ति गर्नको लागि भएको उप सम्झौता रद्द नगरे हडताल गर्ने धम्की दिएका थिए। षडयन्त्रको दुष्कृति हुनको लागि दुई व्यक्तिले संयुक्त रुपमा काम गरी तेश्रो पक्षलाई हानि नोकसानी पुऱ्याएको हुनुपर्छ, दावीकर्ताले ती दुई व्यक्तिको मूल आशय वादीलाई हानि नोकसानी पुऱ्याउनु रहेको थियो भन्ने प्रमाणित गर्नुपर्छ। तर प्रतिवादीले आफ्नो हित साँध्नको लागि गरेको कार्यलाई भने षडयन्त्र मानिदैंन।[16]

व्यापार, व्यवसाय, कारोवारमा कानून असम्मत रुपमा हस्तक्षेप गर्ने दुष्कृतिमा कुनै दुई पक्षबीच भएको काम कारोवारमा अर्को व्यक्तिले कानूनी आधार विना हस्तक्षेप गरी आर्थिक हानि नोकसानी पुऱ्याउँछ। यसको उदाहरणको रुपमा *GWK Ltd* v. *Dunlop Rubber Co. Ltd*[17] लाई लिन सकिन्छ। यस मुद्दामा GWK कम्पनीले मोटर कार बनाउँथ्यो र ARM कम्पनीले टायर बनाउथ्यो। GWK ले आफ्ना सवै नयाँ कारमा ARM को टायर लगाइ व्यापार मेलामा आफना मोटरमा उक्त टायरसहितको मोटर प्रदर्शन गर्ने सम्झौता गरेको थियो। ग्लास्गोमा हुने व्यापार मेलाको दिनको अघिल्लो राति Dunlop कम्पनीका कर्मचारीहरुले मेलामा रहेका GWK को कारहरुबाट ARM का टायरहरु हटाई Dunlop का टायरहरु लगाए। Dunlop लाई ARM का टायरहरु प्रदर्शन गराइने भन्ने कुरा थाहा थियो। यसमा Dunlop को व्यापार बढाउन र ARM को व्यापारमा नोक्सान गराउने उद्देश्य रहेको थियो।

---

13 (1853)2 E&B 216 साभार: *OBG* v. *Allan* [2007] UK Hl[2008]1 AC.

14 Cro Jac 567 साभार: *OBG* v. *Allan* [2007] UK Hl[2008]1 AC.

15 [1966]1 WLR 691 साभार: *OBG* v. *Allan* [2007] UK Hl[2008]1 AC.

16 जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ११।

17 (1926) 42 TLR 376 साभार: *OBG* v. *Allan* [2007] UK Hl[2008]1 AC.

परिणामात्मक हानि नोकसानी र व्यापार औद्योगिक काममा हुने आर्थिक हानि नोकसानी बाहेकका आर्थिक हानि नोकसानीलाई विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी मानिन्छ। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने दायित्व हुने नहुने कुरामा संसारभरमा एक रुपको अभ्यास रहेको छैन। महाद्विपीय कानूनी प्रणाली अवलम्वन गरेका मुलुकहरुबीच र कमन ल प्रणाली अवलम्वन गरेका मुलुकहरुबीच पनि फरक फरक अभ्यास रहेको छ। संयुक्त राज्य अमेरिका, जर्मनी र संयुक्त अधिराज्यमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत सामान्यतया क्षतिपूर्ति दिइँदैन। क्यानडा, अष्ट्रेलियामा दिन सकिने अभ्यास रहेको छ र फ्रान्समा आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति प्राप्त गर्न बन्देज रहेको छैन।[18]

३. विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व हुनुपर्ने र नपर्ने सम्बन्धी आधार

सामान्यतया, विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व करारबाट सिर्जना हुन्छ, दुष्कृतिबाट हुँदैन भनिन्छ। यसको आधार के हो भने व्यक्तिले कुनै काम कारोवार वा व्यवसाय गर्नको लागि करार गर्दा दुवै पक्षले केही केही कुरा लेनदेन गर्ने वा प्राप्त गर्ने अपेक्षा गरेका हुन्छन्। यस्तो अपेक्षा करारमा पक्षहरुबीच प्रतिज्ञा वा नाफा[19] वा धन[20] वा प्रतिफल[21] को आदानप्रदान हुने र यसबाट पक्षहरुबीच अपेक्षा पैदा हुन्छ। करार उल्लंघन भएमा करारबाट गरेको त्यस्तो अपेक्षा गुम्न जान्छ र विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी सिर्जना हुन्छ। त्यस्तो प्रतिज्ञा/प्रतिफल रहेको अपेक्षा संरक्षण गर्नका लागि औचित्य स्थापना हुन्छ। करार उल्लंघन भएबापत दिइने क्षतिपूर्ति उल्लंघनबाट क्षति पुगेको व्यक्ति करार सम्पन्न भएको भए निज जुन अवस्थामा हुने थियो सोही अवस्थामा त्यस्तो व्यक्तिलाई पुऱ्याउनु हुन्छ भने दुष्कृतिजन्य क्षतिपूर्तिको उद्देश्य हानि नोकसानी पुगेको व्यक्तिलाई दुष्कृति नभएको भए जुन अवस्थामा हुने थियो त्यही अवस्थामा कायम गर्नु हुन्छ।[22] यस प्रकार करारको क्षतिपूर्ति भविष्यजन्य हुन्छ भने दुष्कृतिको क्षतिपूर्ति अतितजन्य। करारले धन सिर्जना गर्छ, दुष्कृतिले भइरहेकै धनलाई संरक्षण गर्छ भनिन्छ।[23] यसैगरी करार उत्पादनमूलक हुन्छ, दुष्कृति संरक्षणात्मक हुन्छ भनिएको छ।[24] तसर्थ विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको धारणाले करार र दुष्कृतिको परम्परागत दृष्टिकोणलाई चुनौती दिन्छ भनिएको छ।[25] यसको कारण के हो भने करारका पक्षहरुबीचको करारीय सम्बन्ध (प्रिभिटि अफ कन्ट्र्याक्ट) को सिद्धान्तले करार उल्लंघन

---

18 मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३७५-३७६, ३७९, ३८०, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसाननी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३१-३४।

19 स्टेफेन ए स्मिथ, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३५६, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १५।

20 भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १५।

21 जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ १५।

22 स्टेफेन ए स्मिथ, पूर्वपाद टिप्पणी, ३, पृष्ठ ३५६, जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ८६।

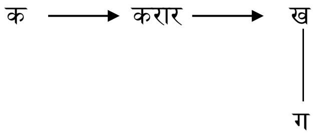
23 जे.ए वीयर (JA Weir), *कम्प्लेक्स लायविलिटिज,* नं. 6, पृष्ठ 5, XI इन्टरनेशल इन्साइक्लोपेडिया अफ कमप्यारेटिभ ल, १९७६ साभार: भेर्नन भ्यालेन्टाइन र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १६; स्टेफेन ए स्मिथ, पूर्वपाद टिप्पणी, ३, पृष्ठ ३५६।

24 ऐजन, पृष्ठ १६, स्टेफेन ए स्मिथ, पूर्वपाद टिप्पणी, ३, पृष्ठ ३५६।

25 फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ ३-11, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १ पृष्ठ १६-22।

हुँदा करारका पक्षहरुलाई मात्र मुद्दा गर्ने हक हुने र करार उल्लंघनबाट मर्का पर्ने तेश्रो पक्षले उपचार नपाउने भएकोले त्यस्तो पक्षलाई मर्का पर्न जान्छ। तथापि यस्तो आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व हुने आधारहरु बदलिँदै गएका छन्। सो सिद्धान्तबाट हुने अन्याय रोक्नको लागि दुष्कृतिबाट उपचार हुने बाटो खोलिएको हो।[26] विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दावीलाई स्वीकार गरिने महत्त्वपूर्ण आधार भनेको हेलचेत्र्याइँयुक्त झुक्यान (नेग्लिजेन्ट मिसरिप्रेजेन्टसन) रहेको र हेलचेत्र्याइँयुक्त झुक्यान भनेको करारसँग एकदमै निकटतम हुन्छ।[27]

जहाँ विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दायित्वलाई दुष्कृति अन्तर्गत नभई अन्यबाट स्वीकार गरिएको छ, उदाहरणको लागि जर्मनी, त्यँहाका अदालतले करारसँग सादृश्य हुने गरी वा करारलाई आधार लिएका छन्।[28] हेलचेत्र्याइँका आधारमा आर्थिक हानि नोकसानीको दायित्व हुने कुरा भर्खर विकसित हुँदै गरेको र यसका आधार अस्पस्ट नै रहेका छन्। आर्थिक हानि नोकसानीको प्राय: हुने ढाँचा निम्न रहेको छ ।[29]



यस ढाँचामा दुई पक्षहरुबीच करार भएको हुन्छ र करारको विषयवस्तुको रुपमा सम्पत्तिमा तेश्रो व्यक्तिको कामबाट भएको क्षति सम्पत्ति धनीलाई हुन्छ तर आर्थिक हानि नोकसानी सो सम्पत्ति प्रयोग गर्न करार गरेको व्यक्तिले क्षतिग्रस्त सम्पत्ति प्रयोग गर्न नपाएको कारणबाट हुन्छ। **उदाहरणको लागि :"क"** र **"ख"** विच **"क"** को स्वामित्वमा रहेको र ख ले प्रयोग गरिरहेको पुल रेल सञ्चालनको लागि **"ख"** ले प्रयोग गर्ने, पुल मर्मत गर्ने र सोबापत **"ख"** ले **"क"** लाई भाडा तिर्ने करार भएकोमा **"ग"** ले सञ्चालन गरेको पानी जहाजले **"क"** को स्वामित्वमा रहेको पुलमा क्षति पुऱ्याएको र सोबाट **"ख"** ले सञ्चालन गरेको रेललाई दिशान्तर गरी लानु पर्ने भयो। त्यसबाट **"ख"**लाई बढी व्ययभार भई हानि नोकसानी भयो। यस उदाहरणमा **"ख"** ले रेल दिशान्तर गरी सञ्चालन गरेको कारणबाट भएको आर्थिक हानि नोकसानी **"ग"**बाट दुष्कृतिको माध्यमबाट भरी पाउने नपाउने कुरा नै विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको प्रश्न हो।[30] किनभने यसमा पुल (सम्पत्ति) **"क"** को हो र सम्पत्तिजन्य क्षति **"क"** लाई पुगेको छ; सम्पत्तिको प्रयोगबाट हुने आयको हानि नोकसानी ख लाई भएको छ। सो आयको क्षतिबापत क्षतिपूर्तिका बारेमा **"ख"** र**"ग"** बीच कुनै करार भएको छैन।

---

26 स्टेफन ए स्मिथ, पूर्वपाद टिप्पणी, ३, पृष्ठ ३५७, जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ३८।

27 स्टेफेन ए स्मिथ, पूर्वपाद टिप्पणी, ३, पृष्ठ ३५७।

28 भेर्नन भ्यालेन्टाइन र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १५।

29 जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ३८।

30 *क्यानेडियन रेलवे कम्पनी वि.* ***नसर्क*** *प्यासिफिक स्टिमसिप कम्पनी,* (१९९२) 1SCR 1021.

विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी नियतवश र हेलचेत्र्याइँ दुवैबाट हुन्छ। नियतवश पुऱ्याएको विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी पुष्टिको लागि बलियो प्रमाण आवश्यक हुने हुनाले प्रमाण पुऱ्याउन कठिन हुन्छ। उदाहरणको लागि धोकाधडी (डिसिट), जालसाज (फ्रड), वित्तीय जालसाज।[31] यसमा प्रतिवादीले कुनै कुरा असत्य हो भन्ने थाहा हुँदाहुँदै कुनै वक्तव्य जारी गरेको वा दिएको हुनुपर्छ। यसरी दावी पुष्टि गर्ने प्रमाणको भार कठिन हुने हुनाले दुष्कृतिका दावीहरुमध्ये नियतवश हुने दुष्कृतिको दावी अत्यन्त कम हुन्छन् र धेरै कम मात्र दावी स्थापित हुन्छन्।[32] तथापि नियतपूर्वक पुऱ्याएको विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्वलाई भने धेरैजसो मुलुकहरुमा स्वीकार गरिएको छ। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्वको मूल आधार हेलचेत्र्याइँ भए पनि यसलाई स्वीकार गर्ने कुरामा मुलुकहरुमा एक रुपको अभ्यास रहेको छैन।

हेलचेत्र्याइँबाट हुने विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत दायित्व हुने आधारहरुमा विभिन्न मुलुकहरुमा विभिन्न आधारहरु छन्। तीमध्ये केही हुन्: हानि नोकसानीको पूर्वानुमान, निरपेक्ष र सापेक्षिक अधिकार, नीतिगत उपयुक्तता, प्रशासनिक लागत तथा मुद्दा मामिला, निजी तथा सामाजिक नोकसानीहरुका रहेका छन्।[33]

३.१ हानि नोकसानीको पूर्वानुमान

दुष्कृतिजन्य दायित्व सिर्जना हुनको लागि दुष्कृतिजन्य कार्य गर्नेले सो कार्यबाट क्षति पुगेको व्यक्तिलाई हानि नोकसानी पुग्छ भन्ने पूर्वानुमान गरेको हुनुपर्छ। अर्थात् घटना घटेको समयमा व्यक्तिले आफूले गरेको कामबाट अरुलाई क्षति पुग्छ भन्ने पूर्वानुमान गरेको हुनुपर्छ र क्षति पूर्वानुमान योग्य हुनुपर्छ।[34] उदाहरणको लागि कसैले बाटो बनाउँदा खाडल खनेको छ भने सो खाडलमा मानिस वा अन्य जीव पसेर चोटपटक लाग्न वा मृत्यु हुन सक्छ र सोको लागि सुरक्षाको प्रवन्ध गर्नुपर्छ भन्ने अनुमान गरेको हुनुपर्छ भन्ने मानिन्छ। पूर्वानुमानको मापन वस्तुगत आधारमा हुने र निश्चित परिस्थितिमा साधारण समझ भएको मानिसले गर्ने पूर्वानुमानलाई पूर्वानुमान मानिन्छ। तसर्थ पूर्वानुमानको सम्बन्ध हानि नोकसानी गर्ने व्यक्ति र हानि नोकसानी पुग्ने व्यक्तिबीचको निकटता/सामिप्यतासँग हुन्छ। उदाहरणको लागि सार्वजनिक सडकमा मोटर चलाउँदा सो सडकमा हिँडने मानिस, चौपाया, वा अरुलाई हानि नोकसानी नपुग्ने गरी चलाउनुपर्छ। अरुलाई हानि नोकसानी पुग्छ पुग्दैन भन्ने कुरा सवारीको गति, सवारी चलाएको स्थान र सोको वरिपरिको मानिसको आवतजावत चहलपहलबाट अनुमान गरिन्छ। तसर्थ पूर्वानुमान र सामिप्यताको सम्बन्ध रहेको हुन्छ र क्षतिको

---

[31] जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ८९, फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ २३, मार्क लुने र केन ओलिफान्ट पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४०३।

[32] भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ २३।

[33] फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ ३-11, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १६-22।

[34] जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ५०।

पूर्वानुमान सामिप्यताको आवश्यक तत्व हुन्छ।[35] सामिप्यताले के के कुरालाई जनाउँछ भन्ने कुरा विषयवस्तुको अवस्थामा भर पदर्छ। क्षति पुऱ्याउने व्यक्तिको हेलचेक्र्याइँजन्य कार्य वा अर्कमण्यता र क्षति पुग्ने व्यक्तिले व्यहोरेको हानि वा नोकसानीसँग सम्वद्ध पक्षहरुबीचको पूर्व सम्बन्ध; पेशागत सेवा लिने दिने, हानि नोकसानी गर्ने र भोग्ने व्यक्तिहरुबीचको भौतिक सामिप्यता (हानि गर्ने र भोग्ने व्यक्ति, सम्पत्तिबीच स्थान र समयको अर्थमा), काममा लगाउने र कामदारबीचको परिस्थितिकीय सामिप्यता कुनै खास आचरण कारक भई पुगेको हानि नोकसानीका सम्बन्धमा सो आचरण र हानि नोकसानीबीचको सो कारकको निकटतम वा प्रत्यक्ष सामिप्यता, अरु व्यक्तिको शरीर वा सम्पत्तिलाई हानि नोकसानी वा क्षति रोक्न वा छल्न अर्को व्यक्ति होसियार वा सावधान हुनुपर्ने जिम्मेवारी आदिलाई समेत जनाउँछ।[36] तसर्थ सामिप्यता दृष्कृतिको दायित्व सृजना गर्ने माध्यम हो भनिन्छ।[37] तथापि सामिप्यता मात्र दायित्वमा आधार हुँदैन।

विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीका सम्बन्धमा दुष्कृतिको पूर्वानुमानसम्बन्धी नियम लागू हुन सक्ने नसक्ने भन्ने सम्बन्धमा हेर्दा यो नियम भौतिक क्षतिबाट हुने हानि नोकसानीका लागि विकसित भएकोले भौतिक क्षतिका मुद्दाभन्दा अरुमा लागू हुन नसक्ने र विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीका नियम व्यावहारिक रुपमा विकास भएकोले विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीका मुद्दाहरुमा पूर्वानुमानको नियम लागू गर्दा विनाशकारी हदसम्म दायित्व हुन सक्छ भनिएको छ।[38]

३.२ निरपेक्ष र सापेक्ष अधिकार

महाद्विपीय कानूनी प्रमाणी अवलम्वन गरिएका केही मुलुकमा दुष्कृतिजन्य कार्यको दायित्व हुने नहुने कुरा हानि नोकसानी भएको अधिकार वा हित कसरी संरक्षित भएको छ वा कसरी प्रचलन हुन्छ भन्ने कुरामा निर्भर हुन्छ। त्यस्ता संरक्षित अधिकार निम्न प्रकारको हुने भनिएको छ।[39]

क) निरपेक्ष अधिकारको संरक्षण,
ख) सापेक्षिक अधिकारको संरक्षण,
ग) अन्य वैधानिक अपेक्षाको संरक्षण।

निरपेक्ष अधिकार व्यक्तिको जिउ ज्यान, सम्पत्ति, जायजेथा र वैयत्तिक अक्षुण्णतामाथिको अधिकार हुन्छ; अर्थात्, वस्तु (थिङ्ग) माथिको अधिकार हुन्छ।[40] निरपेक्ष अधिकारमा अधिकार धारकले आफूले अघि नै प्राप्त

---

35 *क्यानेडियन नेशनल रेलवे कम्पनी लि. वि. नसर्क प्यारासिफिक स्टिमशीप कम्पनी,* (१९९२) ISCR 1021, क्यानाडा सुप्रिम कोर्ट, पृष्ठ ९४, जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ५१।

36 ऐजन, पृष्ठ ९४।

37 ऐजन।

38 बुस फेल्डथुसेन, इकोनोमिक नेग्लिजेन्स, पृष्ठ १०-११ (दोस्रो संस्करण, १९८९), साभारः फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टिन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ ३; भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १६ समेत।

39 आर एल रविन द *हिस्टोरिकल डेभलमेन्ट अफ द फाउल्ट प्रिन्सिपलः ए रिइन्टर रि इन्टरप्रेटेशन*, साभार फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टिन पाल्मर र माउरो वुसानी पूर्वपाद टिप्पणी पृष्ठ ४; जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७२।

40 फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ ५।

गरेको कानूनी हक उपयोग गरिरहेको हुन्छ। तसर्थ यो अधिकार जो कोहीका विरुद्ध संरक्षित हुन्छ।[41] अरु व्यक्तिले अधिकार धारक र स्वामित्वको वस्तुबीचको सम्बन्धमा खलल नपुऱ्याएसम्म उनीहरुको आचारण/व्यवहारसँग सरोकार हुँदैन; सापेक्षिक अधिकार खास व्यक्तिको विरुद्ध मात्र सुरक्षित हुन्छ। सापेक्षिक अधिकारको वस्तु अरु कोही व्यक्तिको व्यवहारमाथिको अपेक्षा हो; अधिकार उपभोग गर्नको लागि त्यस्तो व्यक्तिको सकारात्मक सहयोग महत्त्वपूर्ण हुन्छ; यसमा जसको आचरण/व्यवहार अपेक्षा गरिएको छ सो व्यक्तिको सहयोग महत्त्वपूर्ण हुन्छ।[42] अधिकार धारकले आफ्नो नभइसकेको कुनै चीज अरुको आचरणमार्फत प्राप्त गर्न चाहन्छ; यो अधिकार धारकको प्राप्त गर्न सकिने (अक्विजिटिभ) हित मात्र हुन्छ।[43] यस्तो निरपेक्ष अधिकार र सापेक्षिक अधिकारको उदाहरण जर्मन सिभिल कोडमा देखिन्छ। जर्मन सिभिल कोडको मस्यौदा आयोगले व्यक्तिको शरीर, सम्पत्ति जस्ता अधिकारको उल्लंघनलाई दुष्कृति मानेको थियो। किनभने यो अधिकार जो कोहीका विरुद्ध दावी गर्न सकिन्छ; तर करार जस्ता दायित्वजन्य अधिकार करारको अर्को पक्षविरुद्ध मात्र दावी गर्न सकिन्छ; तसर्थ यस्तो दायित्वजन्य अधिकार उल्लंघन हुँदा दुष्कृति हुँदैन भन्ने आफ्नो धारणा राखेको थियो।[44] यसैले जर्मन सिभिल कोडको दफा ८२३ मा अरु व्यक्तिको जिउ, स्वास्थ्य, स्वतन्त्रता, सम्पत्ति र त्यस्तै अधिकार कसैले नियतपूर्वक वा हेलचेत्र्याइँपूर्वक कानून असम्मत रुपमा उल्लंघन गरेमा उल्लंघन गर्ने व्यक्तिले क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्छ भन्ने प्रावधान रहेको छ।[45] यस प्रावधानबाट सम्पत्तिमा हानि नोकसानी भएमा क्षतिपूर्ति पाउने अवस्था रहेको छ तर आर्थिक हानि नोकसानी र विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीमा क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने देखिँदैन र जर्मन सर्वोच्च अदालतले पनि आर्थिक हानि नोकसानी सो प्रावधानमा नपर्ने भनी फैसला गरेको छ।[46] महाद्विपीय कानूनी प्रणालीको यो निरपेक्ष र सापेक्षिक अधिकारको भिन्नताले अधिकारको उल्लंघनको उपचार र यस्तो अधिकार संरक्षणसम्बन्धी हकदैया र दायरासम्बन्धी नियम निश्चित भए तापनि परिवर्तित परिस्थितिलाई कानूनी प्रणालीले आत्मसात भने गरेको छैन भनिन्छ।[47]

३.३ असीमित दायित्व

विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीलाई स्वीकार्न नसकिने अर्को प्रमुख कारण यसबाट असीमित दायित्व सिर्जना हुन्छ भन्ने हो। भौतिक क्षति भएको अवस्थामा के कति क्षति भयो भन्ने यकिन रुपमा मापन गर्न सकिन्छ। तर विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको मापन गर्न कठिन हुन्छ। यसबाट असीमित दायित्व सिर्जना हुन्छ र

---

41 जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ २७२।

42 फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ ५।

43 ऐजन।

44 जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७२।

45 जर्मन सिभिल कोड, दफा ८२३, जर्मन संघीय कानून र उपभोक्ता संरक्षण मन्त्रालय। हेर्नुहोस् www.gesetze-im-internet.de।

46 RG, 27 Feb, 1904, ERQZ, 58,24, साभारः जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७२।

47 फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पूर्वपाद टिप्पणी पृष्ठ ६।

त्यस्तो दायित्वलाई दायित्व वाहकले बहन गर्न असमर्थ हुनसक्छ।[48] संयुक्त राज्य अमेरिकाको न्यूयोर्क राज्यको सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीश कार्डोजोले *Ultramares Corp v. Touche*[49] को मुद्दामा यस्तो दायित्वलाई स्विकार्दा अनिश्चित वर्गप्रति अनिश्चित समयको र अनिश्चित दायित्व सिर्जना हुन्छ भनेका छन्। यसको सैद्धान्तिक आधार जर्मन विधिशास्त्री Rudolf von Ihering ले पेश गरेको छन्, जुन यस्तो छ: करारीय सम्बन्ध नभएको अवस्थामा नियतपूर्वक हुने गल्ती (डोलस) का लागि मात्र होइन घोर हेलचेक्र्याइ (कल्पा लाटा) का लागि समेत सबैलाई मुद्दा गर्न सकिने हो भने यसले कहाँ लैजाला? उदाहरणका लागिः अर्थहिन वक्तव्य (इल एडभाइसड स्टेटमेन्ट), अफवाह फैलाएको, गलत प्रतिवेदन, खराब परामर्श, कमजोर निर्णय, काममा लगाउने व्यक्तिले अयोग्य व्यक्तिलाई कामको लागि अरुकोमा गरेको सिफारिस आदि। यसबाट असल नियत हुँदाहुँदै घोर लापर्बाहीबाट भएको क्षतिप्रति प्रत्येक वस्तु र प्रत्येक व्यक्तिले अरुलाई दायित्व वहन गराउछ।[50] विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीलाई अवलम्वन गर्न हिचकिचाहट गर्नुको कारणलाई अर्थतन्त्रको जटिलतालाई पनि मानिन्छ। जटिल अर्थतन्त्रमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीहरु एकआपसमा श्रृखंलाबद्ध रुपमा जोडिएका हुन्छन। एउटाको गल्तीबाट अर्को फर्म वा व्यक्ति र तिनीहरुसँग सम्बन्धित व्यक्ति पनि प्रभावित हुने हुनाले यस अवस्थामा सो गल्तीबाट पर्ने दुरस्त आर्थिक असरबापत कुन हदसम्म क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्छ भन्ने कुराको मनासिव माफिकको सीमा निर्धारण हुन कठिन हुन्छ तसर्थ यो सीमा निर्धारण हुनु जरुरी हुन आउछ भनिएको छ।[51] उदाहरणको लागि कुखुरा आपूर्ति गर्ने कुखुरा पालकलाई दाना आपूर्ति गर्ने व्यक्तिको दाना भण्डारमा कसैले क्षति पुऱ्याएमा कुखुरा पालकमा निर्भर आपूर्तिकर्ता र कुखुराको मासु विक्री गर्ने मासु पसले र मासु पसलमा आधारित होटल व्यवसायसमेत प्रभावित हुन सक्छन्। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीलाई स्विकार्दा कुन हदसम्म र क-कसलाई क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने भन्ने प्रश्न उठछ। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध गराउने कुरालाई स्वीकार गर्दा निम्न कठिनाई हुनेछ।[52]

क) अदालतले थामी नसक्ने गरी मुद्दाहरुको चाप वहन गर्नुपर्छ: उदाहरणको लागि राजमार्ग कसैले वन्द गरेमा त्यसबाट असंख्य व्यक्तिहरुलाई आर्थिक क्षति हुन सक्छ र यस्ता सबै क्षतिका मुद्दाहरु अदालतमा पुगेमा अदालतले धान्न गाह्रो हुन्छ।

ख) गल्ती गर्ने व्यक्तिले अत्यधिक दायित्व वहन गर्नुपर्ने हुन सक्छ र मानिस कुनै काम र उद्यम गर्न अग्रसर नहुन सक्छ।

---

48 *स्पार्टन स्टिल एण्ड एलोज लि. वि. मार्टन र कम्पनी लि.(१९७३)* क्यू वि. २७ को मुद्दामा लर्ड डेनिङ्गको राय, साभार: मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ३७८ -३७९।

49 174, NE 441(NY 1931) पृष्ठ ४४४, साभार: जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७१; हर्वट ब्रेन्सटिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११५।

50 जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७१।

51 फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ ८; भर्नेन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १९; जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ८८।

52 फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ क्रमशः ९ र १९-२०।

ग) यस्तो हानि नोकसानी वृहत्तर दुष्कृतिजन्य दायित्वतिर विकसित हुँदै गएको व्यापक आधुनिक धार हो र यो धार नियन्त्रणभन्दा वाहिर जाने सम्भावना रहेको छ।

३.४ निजी तथा सामाजिक हानि नोकसानी

विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी बापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने नहुने कुरालाई सामाजिक हानि नोकसानीको अवधारणाले मार्गदर्शन गर्नुपर्छ भन्ने धारणा पनि रहेको छ। सामाजिक हानि नोकसानी भन्नाले कुनै दुष्कृतिजन्य कार्यबाट जति व्यक्तिहरुलाई हानि नोकसानी हुन्छ सो कूल हानि नोकसानीको अङ्कमा सो कार्यबाट उत्पन्न हुने बाह्य फाइदाको रकम कटाई बाँकी रहन आउने रकम हो। दुष्कृतिजन्य दायित्व पक्षहरुको व्यक्तिगत हानि नोकसानीसँग पूर्ण रुपमा जोडिएको मात्र होइन सामाजिक रुपमा सम्बद्ध हानि नोकसानीमा सीमित भएको हुनुपर्छ। उदाहरणको लागि कुनै उत्पादनमा आधारित आपूर्तीजन्य व्यवसाय वा कारोवारमा उत्पादन कसैको कारणबाट नष्ट भएमा सो उत्पादनमा आधारित अन्य कारोवारहरु।[53] भौतिक हानि नोकसानीमा कार्य (एक्सन) को अन्तरप्रभावको रुपमा व्यक्तिलाई जति हानि नोकसानी हुन्छ त्यतिकै सामाजिक हानि नोकसानी पनि हुन्छ। व्यक्तिले व्यहोरेको हानि नोकसानीबाट पीडितलाई व्ययभार हुन्छ र यो समुदायको लागि सामाजिक व्ययभारको रुपमा परिणत हुन्छ। पीडितलाई हुने व्यक्तिगत हानि नोकसानी र सोको परिणामस्वरुप हुने सामाजिक हानि नोकसानीबीच प्रत्यक्ष सम्बन्ध हुन्छः अर्थात् व्यक्तिगत हानि नोकसानीबाट सामाजिक हानि नोकसानी हुन्छ। तर विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको हकमा भने व्यक्तिलाई भएको हानि नोकसानीबाट सामाजिक हानि नोकसानी हुने खालको अन्तरसम्बन्ध हुँदैन। व्यक्तिगत हानि नोकसानी सामाजिक हानि नोकसानीभन्दा बढी हुनसक्छ। यस्तो व्यक्तिगत हानि नोकसानीबाट समाजलाई फाइदा नै हुनसक्छ। उदाहरणका लागि कुनै वस्तु वा सेवाको एकाधिकार प्रतिस्पर्धाबाट तोडिनु। त्यसबाट समाजलाई सस्तो मूल्यमा वस्तु वा सेवा उपलब्ध हुन्छ। अर्थात् एकको विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी अर्को व्यक्तिलाई पुगेको आर्थिक लाभबाट पूर्ति हुन्छ। यसका लागि दुष्कृतिजन्य दायित्व रहदैन।[54]

४. विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने दायित्व स्वीकार गरिएका मुलुकहरू

विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत दायित्व स्वीकार गरिएको र नगरिएको परिपाटी कमन ल प्रणाली र महाद्विपीय कानूनी प्रणाली अवलम्बन गर्ने देशहरु दुवैमा रहेको छ। कमन ल प्रणाली अवलम्वन गर्ने मुलुकहरुमा यस्तो दायित्व वहन गराउन सामान्यतया हिचकिचाहट रहेको छ तर एकै खालको परिपाटी रहेको छैन। बेलायत र संयुक्त राज्य अमेरिकामा हिचकिचाहट छ भने क्यानडा र अष्ट्रेलियामा भने दायित्व वहन गराइएको छ।

[53] भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ २४, फ्रान्सेस्को प्यारिसी, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ १०।

[54] भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ २४; फ्रान्सेस्को प्यारिसी, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ ११।

फ्रान्समा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व हुने अवस्था र भौतिक क्षतिबाट भएको हानि नोकसानीबापतको दायित्व हुने अवस्थाबीच भिन्नता रहेको छैन र दुवै अवस्थामा दायित्व सिर्जना हुन्छ। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत दायित्व हुने कुरा करारमा लेखिएको छ भने करारको माध्यमबाट र करारमा उल्लेख नभएको अवस्थामा दुष्कृतिबाट प्राप्त हुने परिपाटी रहेको छ। यसबाट विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीका लगायत अन्य दुष्कृतिबापतको दायित्व सिर्जना र कार्यान्वयन हुन सहज भएको छ।[55] यसको आधार भनेको फ्रान्सको सिभिल कोडको धारा १३८२ र १३८३ मा रहेको प्रावधान हो।[56] धारा १३८२ (२०१६ को संशोधनबाट १२४०)को प्रावधान यस प्रकार छ।

“कसैले कुनै काम गरी अर्को व्यक्तिलाई हानि नोकसानी पुऱ्याएमा जसको त्रुटिबाट सो हानि नोकसानी पुगेको हो सो व्यक्ति उपर सो हानिबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने दायित्व सिर्जना हुन्छ।” धारा १३८२ (सन् २०१६ को संशोधनबाट धारा १२४१) को प्रावधान यस प्रकार रहेको छः “प्रत्येक व्यक्तिले आफ्नो कामका अतिरिक्त अकर्मण्यता र असावधानीबाट भएको हानि नोकसानीबापत दायित्व वहन गर्नुपर्छ।”

उपरोक्त प्रावधानबाट कुनै व्यक्तिले अर्को व्यक्तिलाई नियतपूर्वक वा हेलचेत्र्याइपूर्वक हानि नोकसानी पुऱ्याएमा सोबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने सामान्य व्यवस्था रहेको देखिन्छ। फ्रान्सको सिभिल कोडमा हानि नोकसानीले के-के कुरालाई समेटछ भन्ने कुरा उल्लेख नभएकोले व्याख्याको आवश्यक पर्छ।[57] क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने हानि नोकसानी के-के हुन सक्छ भन्ने कुरा निर्णय गर्न फ्रान्सेली न्यायाधीशहरुलाई कुनै वन्देज/सीमा रहेको छैन र विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी भन्ने वाक्यांश वा कानूनी अभिव्यक्ति वा क्षतिको शिर्षक फ्रान्समा रहेको छैन।[58] फ्रान्सको विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दायित्वको प्रकृति बारे K Zweigert and H.Kotz ले देहायको धारण राखेको छन्।[59]

"दावी गरिएको हानि नोकसानी शरीर वा सम्पत्तिमा भएको भौतिक हानि नोकसानी हो वा होइन भन्ने कुराको सरोकार हुँदैन। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको धारणा अदालतका निर्णयहरुमा वा कितावहरुमा पाइँदैन। कुनै व्यक्तिको हेलचेत्र्याइँबाट कसैलाई केही नभए तापनि उसको भविष्यको आय वा व्यावसायिक सम्भावनामा असर पुगेमा फ्रेन्च देवानी संहिताको धारा १३८२ आकर्षित हुन्छ।" तसर्थ फ्रान्समा प्रतिवादीको हेलचेत्र्याइँबाट ग्रिकमा घाइते भएको छोरालाई भेटन पटक-पटक जानुपर्दा लागेको खर्च,[60] कसैको कुनै

---

55 जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ३९।

56 CIVIL CODE (France), *MISE A JOUR LEGIFRANCE 21 Feb. 2004, Dernier texte modificateur: ordonnance n° 2004-164 du 20 Feb. 2004.* Translated by Georges Rouhette, Professor of Law, with the assistance of Anne Berton, Research Assistant in English.

57 जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ १६२।

58 भेर्नन भ्यालेन्टाइन र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३४।

59 ऐजन, पृष्ठ ३५।

60 Cass 1Ch.20.Dec 1960, D 1961.141. note Esmein, साभार: भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३५।

कार्यबाट सहवासमा रहेका अविवाहित दम्पत्तिमध्ये एक घाइते भएको कारणबाट अर्कोलाई भएको खर्च,[61] सडकमा आफ्नो त्रुटिबाट कार दुर्घटना भएको कारणले सडकमा सवारी यातायात अवरुद्ध भई वस कम्पनीलाई भएको रकमको नोकसानीबापत[62] क्षतिपूर्ति उपलब्ध भएको देखिन्छ। फ्रान्समा दुष्कृतिजन्य दायित्व हुनको लागि बेलायत अमेरिकाको जस्तो सावधान हुने कर्तव्य (डयूटी अफ केयर) को आधार रहेको छैन।[63] यो कुरा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीका हकमा पनि लागू हुन्छ। दुष्कृतिजन्य दायित्व हुनको लागि कसैको त्रुटि (फाउल्ट) भएको, सो त्रुटि बाट हानि नोकसानी भएको र त्रुटि र हानि नोकसानीबीच प्रत्यक्ष र तत्कालको कारकीय सम्बन्ध (कजेसन) भएको र सो हानि नोकसानीबाट क्षति भए पुग्छ। हानि नोकसानी हेलचेत्र्याइँजन्य कार्यको निश्चित (सर्टेन), प्रत्यक्ष (डाइरेक्ट) र तत्कालको परिणामस्वरुप भएको हुनुपर्छ भनिएको छ।[64] हानि नोकसानी निश्चित वा प्रत्यक्ष हो होइन भन्ने कुरा तथ्यमा भर पर्दछ। उदाहरणको लागि एउटा साझेदारी फर्मको प्रेसिडेन्ट जनरल डाइरेक्टर फर्मको तर्फबाट कुनै कारोवारको लागि वार्ताको क्रममा रहँदा प्रतिवादीले चलाएको कार दुर्घटनामा परी घाइते भई सो कारोवारको सम्झौता हुन नसकेबापत भएको आर्थिक हानि नोकसानी भराई लिन सो साझेदार फर्मको अर्को साझेदारले प्रतिवादी उपर गरेको मुद्दा[65] र एकजना साहुले पति पत्नीलाई ऋण दिएकोमा दुवै पति पत्नी प्रतिवादीको कारणबाट भएको दुर्घटनामा पति पत्नी दुवैको मृत्यु भएको, सो ऋण असुल उपरको लागि मृतक पति पत्नीको पर्याप्त जायजेथा नभएको र उनीहरुका सन्तानले अपुताली नखाने भनी भनेको अवस्थामा साहुले सो ऋण दुर्घटना गराउने प्रतिवादीबाट सो ऋण असुल उपर गर्न गरेको मुद्दामा हानि नोकसानी निश्चित वा प्रत्यक्ष नभएको भनी क्षतिपूर्ति नभराउने निर्णय भएको थियो।[66]

४.१ क्यानडाः

क्यानडामा मूल रुपमा कमन ल प्रणाली अवलम्वन गरिए पनि क्युवेक प्रान्तमा भने महाद्विपीय कानूनी प्रणाली अवलम्वन गरिएको छ। क्युवेक प्रान्तमा फ्रान्समा जस्तै विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुन्छ। यसको आधार क्युवेकको सिभिल कोडको प्रावधान हो। लवर क्यानडाको सिभिल कोडको धारा १०५३ मा "सही र गल्ती छुट्टयाउन सक्ने प्रत्येक व्यक्तिले आफ्नो अविवेक, हेलचेत्र्याइँ वा सिपको अभाव जेसुकैबाट भएको त्रुटिको कारणबाट अर्को व्यक्तिलाई क्षति पुऱ्याएमा सो

---

61 हेर्नुहोस्: डब्लु गेरभान, *टर्टल स्कोप अफ प्रोटेक्सन,* १९९८, पृष्ठ १४४-१४६, साभार: भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ ३५।

62 Cass Civ 2e, Apr. 28, 1965, साभार: *Canadian National Railway Co v. Norsk Pacific Steamship Co. Canadian Supreme Court Judgement [1992] 1 SCR 1021.*

63 मार्क लुने, केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ१२४; भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३५।

64 भेर्नन भ्यालेटिन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३६; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co . Canadian Supreme Court Judgement [1992] 1 SCR 1021.*

65 Cass, 2e Ch. Civ. 12 June 1987, JCP 1987, IV 286, साभार: जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २८४, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३६।

66 Cass; 2e ch. civ ; 21 Feb 1979, JCP 1979 IV. 145, साभार: जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २८४।

क्षतिबापत निज जिम्मेवार हुने" व्यवस्था रहेको छ।[67] सो प्रावधानमा रहेको "अर्को" भन्ने शब्दले प्रतिवादीको त्रुटिको प्रत्यक्ष परिणामस्वरुप आर्थिक हानि नोकसानीलगायत अरु हानि नोकसानी व्यहोर्ने सबै व्यक्तिहरु पर्छन् भन्ने निर्णय भएको छ।[68] यसबाट भौतिक क्षतिबाट भएको हानि नोकसानी र विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीमा भिन्नता हुने देखिँदैन।

क्यानडाको कमन ल प्रणाली अन्तर्गत चलेका मुद्दाहरुमा सुरु सुरुमा भौतिक क्षति भएको अवस्थामा मात्र आर्थिक हानि नोकसानीलाई सीमित राखिए तापनि पछिल्ला वर्षहरुमा शरीर वा सम्पत्तिमा क्षति नभए पनि उपयुक्त अवस्थामा दुष्कृति अन्तर्गत आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति प्राप्त हुन्छ भन्ने निर्णय भएको थियो। यस्ता मुद्दामा घर निर्माण गर्न नगरपालिकाले सुपरीवेक्षण गर्न हेलचेत्र्याइँ गरी बनेको घर खरिद गर्दा घरबाट भौतिक क्षति नभए तापनि घरमा भएको त्रुटिबाट मूल्यमा भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने भन्ने निर्णय भएको थियो।[69] यसैगरी एक अर्को महत्त्वपूर्ण मुद्दा *Canadian National Railway* Co v *Norsk Pacific Steamship Co.*[70] मा कसैको हेलचेत्र्याइँबाट दावीकर्तालाई भौतिक क्षति नभएको तर विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी भएको अवस्थामा क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने निर्णय गरेको छ। प्रस्तुत मुद्दांमा पब्लिक वर्कस क्यानडा (पि डब्लु सि) को स्वामित्वमा रहेको न्यू वेस्टमिनिष्टर रेल वे पुल क्यानेडियन रेलवे कम्पनीलगायत चारवटा रेलवेजले प्रयोग गरेका थिए। उक्त पुल क्यानेडियन रेलवेको मुख्य सञ्चालन लाइन थियो र पुलको दायाँ र बायाँपट्टि सो कम्पनीका ट्र्याक र आफ्नो स्वामित्वका जग्गाहरु थिए। पुल सञ्चालन र प्रयोग गर्ने सम्झौतामा पुलको सञ्चालन नाफाको लागि नभई सञ्चालन तथा मर्मत सम्भारको खर्च उठने गरी सञ्चालन हुने र पुलको मर्मत सम्भार, परामर्श र निरीक्षण पि डब्लु सी ले अनुरोध गरेबमोजिम क्यानेडियन रेलवले गर्ने भन्ने सम्झौता रहेको थियो। नर्सक प्यासिफिक स्टिमसिप कम्पनीको स्वामित्वमा रहेको जहाज तान्ने शक्तिशाली सानो ढुङ्गा (स्टोन) ले फ्रेजर नदिमा मालसामान ओसार्ने चाकलो ढुङ्गा(वार्ज)लाई बाक्लो कुहिरो लागेको समयमा तानेर लादै गर्दा उक्त पूलमा ठक्कर दिंदा पूल नराम्ररी क्षति भयो र क्यानेडियन रेलवेका रेलहरु पुल भएर सञ्चालन हुन सकेनन् र अरु घुमाउरो बाटो भएर चलाउनु पऱ्यो। पुलको मर्मत पि डब्लु सि ले गऱ्यो र ठक्करबाट भएको क्षतिको लागि नर्सक कम्पनीबाट क्षतिपूर्ति लियो। पि डब्लु सि र क्यानेडियन नेशनल रेलवेबीचको सम्झौतामा पुल अवरुद्ध भएमा क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने प्रावधान थिएन। सम्झौता अन्तर्गत क्षतिपूर्ति प्राप्त नहुने व्यवस्था भएकोले क्यानेडियन नेशनल रेलवेले नर्सक कम्पनीविरुद्ध पुल सञ्चालन अवरुद्ध भएबाट रेल दिशान्तर गर्नुपर्दा

---

[67] साभार: *Canadian National Railway Co v. Norsk Pacific Steamship Co*., Canadian Supreme Court Judgement, [1992] 1 SCR 1021.

[68] *Regent Taxi & Transport Co. v. La Congrégation des Petits Frères de Marie,* [1929] SCR 650; *Hopital Notre Dame v. Laurent* [1978] SCR 605 साभार: *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co*., Canadian Supreme Court Judgment, [1992]1 SCR 1021.

[69] *Kamloops (city of) v. Nielsen,* [1x984] 2SCR 2 साभार: *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co*., Canadian Supreme Court Judgement [1992] 1 SCR 1021.

[70] [1992] 1 SCR 1021.

भएको हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति प्राप्त गर्नको लागि मुद्दा गरेकोमा सर्वोच्च अदालतबाट नर्कस कम्पनीले क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने निर्णय भएको थियो। प्रस्तुत मुद्दामा मूल प्रश्न दावीकर्ता र प्रतिवादीबीच कुनै करार नभएको र प्रतिवादीको हेलचेत्र्याइँबाट दावीकर्तालाई भौतिक क्षति नभएको तर आर्थिक हानि नोकसानी भएको अवस्थामा दुष्कृतिबाट क्षतिपूर्ति प्राप्त हुन्छ हुँदैन भन्ने थियो। क्षतिग्रस्त सम्पत्ति (पुल) सँग दावीकर्ता कम्पनीको कारोबार जोडिएको, रेलवे कम्पनीको सम्पत्ति सो पुलसँग निकटतम रहेको, सो पुल प्रयोग नगरी सो कम्पनीको सम्पत्ति प्रयोग गर्न नसकिने, सो पुल सो रेलवे प्रणालीको अभिन्न अङ्ग भएको र सो पुलको सम्भार, निरीक्षण र परामर्श सेवा सो कम्पनीले गरेकोले सो पुल र दावीकर्ता कम्पनीबीच सामिप्यता (प्रोक्सिमेट) को सम्बन्ध रहेको र यस्तो सम्बन्धको कारण दावीकर्ता कम्पनी पि डब्लु सी को काम कारोवार यसरी घुलमिल भएको थियो कि क्यानेडियन नेशनल रेलवेको पि डब्लु सिसँगको कारोवार अभिन्न रुपमा जोडिएको र सो अवस्था संयुक्त (जोइन्ट) वा साझा (कमन) उद्यम (भेन्चर) थियो। यस अवस्थामा दुर्घटनाको समयमा दावीकर्ता कम्पनीलाई हानि नोकसानीको जोखिम हुने मनासिव आधार थियो। तसर्थ दावीकर्तालाई भएको विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी प्रतिवादी कम्पनीले तिर्नुपर्ने हुन्छ भन्ने निर्णय भएको थियी।[71]

४. २ अष्ट्रेलिया

कमन ल प्रणाली अवलम्वन गर्ने अष्ट्रेलियामा पनि भौतिक क्षति नभइकन भएको विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने निर्णय भएका छन्।[72]

४.३ न्यूजिल्याण्ड

न्यूजिल्याण्डमा भवन निर्माण गर्दा स्थानीय निकायले निरीक्षण नगरी बनेको घरमा त्रुटि भएको कारणबाट भएको विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत स्थानीय निकायलाई दायित्व वहन गराइएको छ।[73]

५. विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत दायित्व नहुने मुलुकहरु

५.१ बेलायत

बेलायतमा प्रारम्भमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति दायित्व नहुने भन्ने निर्णय भएको थियो। सर्वप्रथम एक मुद्दामा क (वादी) ले तेस्रो पक्ष ग को जग्गामा नहर बनाउने सम्झौता गरेको थियो। ख (प्रतिवादी)ले हेलचेत्र्याइँपूर्वक पानीको ट्याङ्की फुटाइदिएको कारणबाट क ले ग को नहर बनाइरहेको जग्गामा वाढी आयो र यसले नहर बनाउन क ले थप खर्च गर्नपर्यो र क ले ख सँग सो खर्च माग गरेकोमा बेलायतको क्विन्स बेन्चले प्रतिवादीको हेलचेत्र्याइँबाट ग को सम्पत्ति जग्गामा क्षति भएको तर

---

71 ऐजन, पृष्ठ १०१-१०२।

72 *Caltex Oil (Australia) Pty Ltd. & Anor v. the Dredge Willemstad & Anor* (1976) 11 ALR 227, *Brayan v. Maloney*, (1995) 182 CCR 609.

73 *Invercargill CC* v. *Hamlin* [1994] 3 NZLR 513, साभार: मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३९६।

वादीको सम्पत्तिमा क्षति नभएको र उसलाई सोबाट नाफा कम हुने भयो; यो विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी भएकोले यसले वादीलाई मुद्दा गर्ने अधिकार रहदैन भन्यो।[74] क्षतिपूर्ति प्राप्त गर्नको लागि बादीलाई हानि नोकसानी भएको हुनुपर्छ भन्ने यो सिद्धान्त यसबीच अन्य थुप्रै मुद्दाहरुमा कायमै रह्यो। यसको मुख्य आधार भनेको वादीले आफूलाई क्षति भएको कुरा अर्थात् प्रतिवादीले दायित्व उल्लङ्घन गरेको कुरा मात्र होइन वादीलाई कानूनबाट मान्यता प्राप्त क्षति भएको पनि प्रमाणित गर्नुपर्छ भन्ने हो।[75] यसका साथै एक व्यक्तिलाई क्षति भएको आधारमा अर्को व्यक्तिले क्षतिपूर्ति पाउदैन भन्ने निर्णय पनि भएका छन्।[76] यो धारणा सन् १९६४ *Hedley Byrne Co Ltd v. Heller & Partners Ltd.*[77] को मुद्दामा आएर परिवर्तन भयो। यस मुद्दामा वादी विज्ञापन एजेन्ट थियो; उसलाई आफ्नो एउटा ग्राहकको आर्थिक स्थितिबारे शंका भयो र आफ्नो बैङ्करलाई ग्राहकको बैङ्करसँग ग्राहकको वित्तीय अवस्थाको जानकारीबारे बुझ्नु भन्यो; प्रतिवादी (ग्राहकको बैङ्कर) ले ग्राहक राम्रो कम्पनी भएको र कारोवार गर्न लायक रहेको भन्ने जवाफ दियो। तर जवाफ दिंदा सोप्रति आफ्नो कुनै जिम्मेवारी हुने नभनी दिएको थियो। सो जवाफमा भर परी एजेन्टले ग्राहकसँग कारोवार गर्यो। तर,पछि सो ग्राहक दामासाहीमा परेपछि १७००० पाउण्ड एजेन्टलाई नोकसानी भयो। प्रतिवादीले हेलचेक्र्याँपूर्वक परामर्श दिएकोले नोकसानी पुगेको भनी वादीले प्रतिवादीसँग क्षतिपूर्ति माग गरी दावी गरेकोमा हाउस अफ लडर्सबाट आफूले दिएको जवाफप्रति आफ्नो जिम्मेवारी हुने भनी प्रतिवादीले नभनेकोले सोको अर्थ सोप्रति प्रतिवादीको दायित्व नहुने भन्ने हो र प्रतिवादीको वादीप्रति कुनै सावधान/होसियार हुनुपर्ने दायित्व नभएकोले क्षतिपूर्ति तिर्ने नपर्ने भनी निर्णय गर्यो। यस मुद्दामा वादीले क्षतिपूर्ति नपाए तापनि उपयुक्त परिस्थितिमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत दायित्व हुन सक्ने भन्ने स्वीकार भएको मानिन्छ। उक्त निर्णयको अर्थ उपयुक्त परिस्थितिमा कुनै परामर्श दिंदा होसियारी/सावधानीपूर्वक दिनुपर्ने र हेलचेक्र्याइँपूर्वक दिइएको परामर्शबाट पुगेको आर्थिक क्षतिबापत दायित्व उत्पन्न हुन सक्छ भन्ने निर्णय हो।[78] अर्थात् आफूले हेलचेक्रयाइँपूर्वक दिएको कुनै जानकारी/कुरा (मिसस्टेन्टमेन्ट) मा अरुले भर पर्छन् भन्ने पूर्वानुमान प्रतिवादीले गर्नुपर्ने थियो र वादीले वास्तवमा सो कुरामा भर गरेको र सोबाट आर्थिक हानि नोकसानी भएमा वादीलाई कुनै भौतिक क्षति नपुगेको भए पनि वादीले त्यस्तो हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति भराई लिन सक्छ भन्ने हो र यो सिद्धान्त दुष्कृति कानूनमा राम्रोसँग स्थापित भएको छ।[79] यसपछि एउटा मुद्दामा नगरपालिकाले भवन निर्माणमा निरीक्षण नगरेको कारणले भएको त्रुटियुक्त घर अरु व्यक्तिसँग गर्दा घरमा भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापत घर खरिदकर्ताले नगरपालिकाबाट विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध भन्ने निर्णय हाउस

---

74 *Cattle v. Stockton Waterworks Co.,* (1875) LR 10 QB 453, साभार: जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ८९; जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७४।

75 जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७४।

76 ऐजन, पृष्ठ २७६।

77 (1964) AC 465.

78 जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ९०।

79 *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.,* Canadian Supreme Court Judgment [1992] 1 SCR 1021.

अफ लर्डसले गरे तापनि[80] अर्को मुद्दामा[81] भने सो निर्णय उल्टाउँदै हेलचेक्रयाइँपूर्वक दिएको परामर्शमा भर परी गरेको कामबाट भएको हानि नोकसानीबापत मात्र क्षतिपूर्ति हुने भन्ने निर्णयलाई पछ्याइएको छ।

५.२ संयुक्त राज्य अमेरिका

संयुक्त राज्य अमेरिकामा दुष्कृतिजन्य विषय संघीय विषय नभई राज्यको विषय भएकोले संघीय सर्वोच्च अदालतबाट भएका निर्णय कमै छन्। राज्यका सर्वोच्च अदालतहरुमध्ये कुनै राज्यका सर्वोच्च राज्यका सर्वोच्च अदालतबाट विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने भन्ने र कुनै राज्यको सर्वोच्च अदालतबाट नहुने भन्ने निर्णय भएका छन्। सन् १९२७ मा संयुक्त राज्य अमेरिकाको सर्वोच्च अदालतले *Robins Dry Duck & Repair Co v. Flint*[82] को मुद्दामा वादीले जहाजको धनीसँग पानी जहाज भाडामा लिएर चलाउन सम्झौता गरेको र सम्झौतामा सो जहाज मर्मतको लागि प्रत्येक ६ महिनामा वन्दरगाहमा जहाज मर्मत गर्ने कम्पनीमा ल्याउनु पर्ने शर्त रहेको थियो। सो शर्त अनुसार कम्पनीमा जहाज मर्मत गर्दा मर्मत गर्ने कम्पनी लापर्वाहीबाट एक पार्टपूर्जा क्षति भएको र सो पार्टपूर्जा बदलिनु पर्यो र त्यसबाट जहाज भाडामा लिने व्यक्तिले जहाज प्रयोग गर्न पाएन। जहाज प्रयोग गर्न नपाएको कारणबाट जहाज भाडामा लिने व्यक्तिलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्तिको दावी गरी पानी जहाज भाडामा लिने वादीले जहाज मर्मत गर्ने कम्पनीका विरुद्ध दावी गरेकोमा सर्वोच्च अदालतले जहाज मर्मतको समयमा जहाजको स्वामित्व वादीको नभई जहाज धनीमा रहेको र क्षति जहाज भाडामा लिने व्यक्तिलाई नभइ जहाजको धनीलाई भएकोले जहाज भाडामा लिने व्यक्तिलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति तिर्न नपर्ने भन्ने निर्णय भएको छ।[83] यसको आधार परम्परागत कमन ललाई मानिएको छः दुष्कृतिजन्य त्रुटि अन्तर्गत प्रतिवादीले वादीप्रतिको होसियारी वा साबधानीको कर्तव्य (ड्युटी) उल्लंघन गरेको हुनुपर्छ। सम्पत्तिमा क्षति भएको मुद्दामा त्यस्तो क्षतिग्रस्त सम्पत्तिमा निरपेक्ष अधिकार (राइट इन रेम) भएको व्यक्तिप्रति मात्र सम्पत्तिमा हानि पुऱ्याउने व्यक्तिको त्यस्तो कर्तव्य हुन्छ। तसर्थ त्यस्तो सम्पत्ति प्रयोग गर्न करारजन्य अधिकार भएको कारणले मात्र करारजन्य अधिकार भएको व्यक्तिलाई हेलचेक्रयाइँसम्बन्धी कानूनबाट संरक्षण प्राप्त हुँदैन भन्ने आधारमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दायित्व हुँदैन भन्ने निर्णय भएको थियो।[84] तथापि केही अवस्थामा भने संयुक्त राज्य अमेरिकामा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व बहन गराइएको छ। ती अवस्थाहरु देहायबमोजिम रहेका छन्।[85]

क) आर्थिक हानि नोकसानी भौतिक क्षतिसँग निकटतम रुपमा सम्बन्धित भएमा। उदाहरणको लागि *Domar Ocean Transportation Ltd.* v. *M/V Andrew Martin* ,754 F.2d 616 (5th Cir 1985)। यस

---

80 *Anns* v. *Merton London Borough Council***,** (1978) AC 728 (HL).

81 *Murphy v. Brentword District Council,* [1991] 1 AC 398.

82 275 US 303 (1927).

83 हर्वट ब्रेन्सटिन, पुर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११२।

84 ऐजन, पृष्ठ ११३।

85 साभारः *Canadian National Railway Co v. Norsk Pacific Steamship Co., Canadian Supreme Court Judgement [1992] 1 SCR 1021.*

मुद्दामा बन्दरगाह वा नदीमा चल्ने ठूलो (बार्ज) लाई तान्ने सानो शक्तिशाली डुङ्गा (टग) को भौतिक क्षति भएकोमा सानो डुङ्गा प्रयोग गर्न नपाएको कारणबाट भएको हानि नोकसानीलाई सो सानो डुङ्गा ठूलो डुङ्गाको अभिन्न अङ्ग मानी आर्थिक हानि नोकसानी बापतको क्षतिपूर्ति भराएको थियो।

ख) समुन्द्रमा प्रदुषण गरेको कारणबाट समुन्द्रमा माछा मारेर जीविकोपार्जन गर्ने व्यावसायिक माझीलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति भराइएको थियो। *Union Oil Co.* v. *Oppen,* 501 F.2d588(9th Cir.1974) यस मुद्दामा सार्वजनिक नीतिका आधारमा क्षतिपूर्ति भराइएको थियो।

ग) त्रुटिपूर्ण उत्पादनबाट व्यक्तिको जिउ ज्यान वा सम्पत्तिमा वेमनासिव जोखीम उत्पन्न गरेमा र वास्तविक रुपमा हानि नोकसानी भएमा। (*East River Steamship Corp. v. Delaval Turbine, Inc.* 752 F2d 903 (3d Cir.1985), aff'd 476 US858 (1986))।

५.३ जर्मनी

जर्मनीमा महाद्विपीय कानूनी प्रणाली अवलम्वन गरिएको छ। तर विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दायित्वबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने कुरामा भने यहाँ कमन ल प्रणालीमा जस्तै हिचकिचाहट छ। सामान्यतया जर्मनीमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दायित्वबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुँदैन। यसको कारण जर्मनीको सिभिल कोर्डको दफा ८२३(१) मा रहेको प्रावधान हो। सो दफामा "कसैले अरुको जिउ ज्यान, स्वास्थ्य, स्वतन्त्रता सम्पत्ति वा त्यस्तै अधिकारमा नियतवश वा हेलचेक्रयाइँवश कानून असम्मत रुपमा हानि नोकसानी पुऱ्याएमा त्यस्तो व्यक्तिले सो हानि नोकसानीबाट भएको क्षतिबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने छ"[86] भन्ने प्रावधान रहेको छ। जिउ ज्यान, स्वास्थ्य, स्वतन्त्रता, सम्पत्ति वा त्यस्तै अधिकारमा कानूनद्वारा संरक्षित हितहरुमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी नपरेको र सोही कारणले संहिताका मस्यौदाकारहरुले विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत दायित्व हुनु हुँदैन भन्ने विश्वास गरेका थिए भनिन्छ।[87] यो प्रावधानलाई सन १९०४ मा व्याख्या गर्दा जर्मन सर्वोच्च अदालतले सो दफामा संरक्षित अधिकारमा आर्थिक हानि नोकसानी नपर्ने भनी व्याख्या गरेको थियो।[८८] तथापि जर्मनीमा अदालतबाट विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत दायित्वको लागि क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने भनी फैसला हुँदै नभएका चैं होइनन। जर्मन सिभिल कोडको धारा ८२३ अन्तर्गत नभए पनि जर्मन सर्वोच्च अदालतले सो संहिताको दफा ८२६ मा रहेको 'असल नैतिकता"को प्रावधान अन्तर्गत कसैले नियतपूर्वक असल नैतिकताविरुद्ध हुने गरी आर्थिक हानि नोकसानी पुऱ्याएमा सोबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने निर्णय गरेको छ।[89] यसका अतिरिक्त, कुनै कानूनले विशेष व्यवस्था गरेको भए त्यस्तो कानून अन्तर्गत पनि क्षतिपूर्तीको दावी गर्न सकिन्छ। उदाहरणका लागि "तलव निरन्तरता कानून (पे कन्टिन्युटीएसन स्ट्याचुट)"। यो कानूनमा कसैको कामदारलाई तेस्रो व्यक्तिले चोटपटक/हानि नोकसानी पुऱ्याएको, सो चोटपटकको कारणबाट कामदारले काम गर्न नसकेको

---

86 जर्मन सिभिल कोड, हेर्नुहोस् https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.

87 जेमस गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ नं. १६३, २७२।

88 RG, 11 Apr 1901, ERGZ, 48,114; साभारः जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७२।

89 भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ६०।

अवस्थामा काममा लगाउने व्यक्तिले कामदारलाई तलवबापतको रकम भुक्तानी गरिरहेमा त्यस्तो रकम काममा लगाउने व्यक्तिले कामदारलाई हानि नोकसानी पुऱ्यउने व्यक्तिबाट स्वतः भराउन सक्दछ भन्ने प्रावधान रहेको छ।[90]

जर्मन कानूनमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीसम्बन्धी विवादको समाधान दुष्कृतिबाट भन्दा करारबाट गर्न खोजिन्छ। यसको कारण के हो भने कानूनी रुपमा संरक्षण हुने वित्तीय हित संरक्षण गर्ने सवालमा दुष्कृति कानून कमजोर र साँगुरो मानिन्छ र करारबाट उपचार खोज्दा असीमित दावीहरु पनि पर्दैनन्।[91] अदालत र टिप्पणीकारहरुले करारीय सम्बन्ध (प्रिभिटी अफ कन्ट्र्याक्ट) मा रहेका अडचनलाई घटाई करारको पक्ष नभएका तेस्रो पक्षहरुलाई पनि करारको दायरामा ल्याई विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी भएकोमा दावी गर्न सकिने भनी निर्णय र टिप्पणी गरेका छन्। यस अवस्थामा करारमा दुष्कृतिमा जस्तै तेस्रो पक्ष र हानि नोकसानी पुऱ्याउने व्यक्तिबीच निकटतम व्यक्तिगत सम्बन्ध हुनु पर्दैन र विशिष्ट रुपमा अग्रिम रुपमा पहिचान भएको हुनु पनि पर्दैन। पक्षहरुबीच असल नियतमा करारीय सम्बन्ध रहेछ भनी मान्न सकिने अवस्था हुनुपर्छ।[92]

६. विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीका स्वरुपहरु

६.१ सम्बन्धगत आर्थिक हानि नोकसानी (Riochet loss)

यस खालको हानि नोकसानीमा सम्पत्ति धनी र सम्पत्ति प्रयोग गर्ने बीच सम्पत्ति प्रयोग गर्ने सम्बन्धमा सम्झौता हुने र तेस्रो व्यक्तिले सो सम्पत्तिमा भौतिक क्षति पुऱ्याएको कारणबाट सम्पत्ति प्रयोग गर्न सम्झौता गरेको व्यक्तिलाई सम्पत्ति उपयोग गर्न नपाएको कारणबाट आयमा आर्थिक हानि नोकसानी हुन्छ। यस्तो खालको हानि नोकसानीलाई सम्बन्धगत हानि नोकसानी (रिलेसनल लस) भनिन्छ। किनभने यस्तो हानि नोकसानी तेस्रो पक्षको सम्पत्तिमा भएको क्षति वा शरीरमा लागेको चोटपटकको परिणामस्वरुप सिर्जना हुन्छ र त्यस्तो पक्षसँग दावीकर्ताको करारीय सम्बन्ध रहन्छ।[93] उदाहरणको लागि 'क' ले 'ख' सँग 'क' को बस भाडामा लिई चलाउने सम्झौता भएकोमा 'ग' ले बसमा हेलचेत्र्याइँ गरी *क्षति पुऱ्याएको* कारणबाट बस *बिग्रन गई* क लाई बसबाट हुने आम्दानी/नाफा गुमेको ;'क' को कामदार 'ख' लाई 'ग' ले कुटपिट गरेको कारणबाट 'ख' ले काम गर्न असमर्थ भएको कारणबाट 'क' लाई भएको आयमा हानि नोकसानी। सामान्यतया यस्तो आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति दिइने गरिएको छैन। उदाहरणका लागि केही मुद्दाहरुमा भएको फैसलालाई हेर्न सकिन्छ।

---

90 ऐजन, पृष्ठ ६२।

91 ऐजन; जेमस गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ नं.१६३, २७२।

92 ऐजन।

93 मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३७९।

संयुक्त अधिराज्यमा *Sparatan Steel and Alloys Ltd v Martin & Co. Ltd,*[94] को मुद्दामा एक स्टेनलेस स्टील कारखानामा निरन्तर विद्युत आपूर्ति हुने गरी पावर स्टेशनबाट प्रत्यक्ष विजुलीको तार जोडी चौविसै घण्टा कारखानामा स्टील एलाइज बनाउनको लागि भट्टीमा फलाम पगाल्न तापक्रम कायम भएको अवस्थामा प्रतिवादीको कर्मचारीले चलाएको एक एक्स्क्याभेटरले विद्युतको तारलाई क्षति पुऱ्याउँदा १४ घण्टा जति विद्युत अवरुद्ध भयो। सो अवधिमा भट्टीमा पग्लीरहेको फलाम ठोस रुपमा परिणत हुने आशंकाले पग्लिरहेको फलाम अक्सिजन खन्याई निकालियो र त्यसरी निकालिएको फलामको घटेको मूल्य, पग्लिरहेको फलामबाट हुने नाफा र विद्युत आपूर्ति भइरहेको भए हुने नाफाको दावी गरी एक्स्क्याभेटर चलाउन लगाउने व्यक्तिविरुद्ध मुद्दा दिएकोमा हाउस अफ लर्डसले उपयुक्त मुद्दामा क्षतिपूर्ति हुन सक्ने भए तापनि यस्ता मुद्दामा क्षतिपूर्ति उपलब्ध गराउँदा दावीहरु अन्त्यहीन हुने भएकोले पहिला पग्लिरहेको फलाम निकाल्दा र सोबाट हुन सक्ने नाफाको क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने तर विद्युत अवरुद्ध भएको अवस्थामा भट्टीमा हाल्न सकिने फलामबाट हुने नाफा उपलब्ध नहुने निर्णय गरेको थियो। तर यस्तै मुद्दामा फ्रान्समा भने क्षति पुऱ्याउने व्यक्तिले आर्थिक हानि नोकसानीका लागि दायित्व वहन गर्नुपर्ने वा क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने भनी अदालतबाट निर्णय भएका छन्।[95] यसैगरी संयुक्त राज्य अमेरिकामा यस्तै प्रकारको *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*[96] को मुद्दामा भाडामा लिइ चलाएको पानी जहाज करारबमोजिम तेश्रो व्यक्ति कँहालमर्मत गर्दा मर्मत गर्ने व्यक्तिको हेलचेत्र्याइँबाट जहाजमा क्षति भएको अवस्थामा जहाज भाडामा लिने व्यक्तिले जहाज प्रयोग गर्न नपाएको कारणबाट आयमा भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापतको रकम दावी गरेकोमा सर्वोच्च अदालतले जहाजधनीको सम्पत्तिलाई क्षति भएको; भाडामा लिनेको सम्पत्तिलाई क्षति नभएको भनी क्षतिपूर्ति दिन अस्वीकार गरेको थियो।

महाद्विपीय कानूनी प्रणाली अवलम्वन गरेका मुलुकहरुमा भने यस्तो खालका विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत कहीँ क्षतिपूर्ति उपलब्ध भएको छ भने कँही उपलब्ध भएको छैन। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीलाई सामान्यतया नस्वीकारिएको जर्मन कानूनी प्रणालीमा *Sparatan Steel and AlloysLtd* खालको मुद्दामा भने दायित्व हुने भन्ने निर्णय भएका छन्। [97]अष्ट्रिया, फिनल्याण्ड, प्रोर्चुगल, स्कटल्याण्ड, स्वीडेनमा पनि यो प्राप्त हुँदैन।[98]

क्यानडामा भने यस्तै खालको मुद्दा *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*[99] मा सम्पत्ति धनी र सम्पत्ति प्रयोग गर्नको लागि करार गर्ने व्यक्तिबीच करारबाट सृजित काम कारोवार सम्पत्ति धनीको सम्पत्तिमा भएको क्षतिसँग अत्यन्त नै अन्योन्याश्रित भएकोले सम्पत्तिधनीको सम्पत्तिमा भएको

---

[94] [1973] QB 27, साभार: मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३७६-३७९।

[95] मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ३७९।

[96] 275 US 303 (1927), साभार: हर्वट व्रेन्सटिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११२-११३, विस्तृतको लागि पूर्वपाद टिप्पणी नं ८९ हेर्नुहोस्।

[97] मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ३७९।

[98] फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ १३।

[99] [1992] 1 SCR 1021.

क्षतिबाट सम्पत्ति करारमा लिने व्यक्तिलाई भएको क्षति सम्पत्तिधनी र करारमा सम्पत्ति प्रयोग गर्ने व्यक्तिको संयुक्त उपक्रमलाई भएको क्षति मानी करारमा सम्पत्ति प्रयोग गर्ने व्यक्तिलाई भएको हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने निर्णय भएको छ।

यसरी सम्बन्धगत हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने नहुने कुरामा कमन ल प्रणाली अवलम्वन भएका मुलुकहरुबीच समान धारणा रहेको छैन भने महाद्विपीय कानून प्रणाली अवलम्वन भएका मुलुकहरुबीच पनि समान धारणा रहेको छैन।

सम्बन्धगत हानि नोकसानीको अर्को रुप काममा लगाइएका कर्मचारीलाई अरु व्यक्तिबाट शारीरिक चोटपटक लागि काम गर्न असमर्थ भएको अवस्थामा कर्मचारीलाई काममा लगाउने व्यक्ति वा रोजगारदातालाई भएको आयको आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने नहुने भन्ने हो। यस्तो हानि नोकसानीबापत संयुक्तराज्य अमेरिकामा पहिले क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने भए पनि हाल आएर दिइँदैन।[100] यसको कारण पनि कमल लको सिद्धान्तलाई मानिएको छ। दुष्कृतिजन्य गल्ती हुनको लागि प्रतिवादीको वादीप्रति रहेको कर्तव्य उल्लंघन हुनुपर्ने र सम्पत्तिमा सर्वव्यापी अधिकार भएको व्यक्तिलाई हेलचेत्र्याइँबाट क्षति भएमा मात्र उपलब्ध हुने भन्ने हो। यसैगरी कर्मचारी र कामदार त होइन तर यस्तै सम्बन्ध हुने खेलकुद क्लवसँग करारबाट आवद्ध मुख्य खेलाडीको कसैको हेलचेत्र्याइँबाट मृत्यु भएको कारणबाट खेलकुद क्लवलाई भएको आयको आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति पाउने नपाउने भन्ने विषयमा इटालीमा प्रतिवादीले हेलचेक्रयाइपूर्वक कार दुर्घटना गराउँदा एउटा खेलकुद क्लवका प्रसिद्ध खेलाडी मेरोनीको मृत्यु भएबाट क्लवलाई भएको आयको आर्थिक हानि नोकसानी क्लवले प्रतिवादीबाट भराई लिन पाउने भन्ने निर्णय त्यहाँको सर्वोच्च अदालतबाट भएको छ।[101] फ्रान्समा पनि इटालीमै जस्तै क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने निर्णय भएको थियो।[102] तर अष्ट्रिया, वेल्जियम, फिनलैन्ड, जर्मनी, ग्रिस, पोर्चुगल, स्वीडेन, स्कटलैण्ड, नेदरलैण्डमा यस्तो आर्थिक हानिबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुँदैन।[103]

६.२ सर्ने हानि नोक्सानीः (ट्रन्सफर्ड लस)

यसप्रकारको हानि नोकसानीमा तेस्रो व्यक्ति 'ग' ले आफ्नो हेलचेत्र्याइँले एक व्यक्ति "ख" को सम्पत्तिमा क्षति पुऱ्याउँछ र सम्पत्तिधनी "ख" र अरु व्यक्ति "क" बीच भएको करारबाट कानूनले नै त्यस्तो हानि नोकसानी"क" मा सर्छ। यसरी साधारणतया प्राथमिक पीडितमा सर्ने हानि नोकसानीको दायित्व दोस्रो पीडितमा सर्छ। यस्तो सर्ने हानि नोकसानीको दायित्व लिज, बीमा सम्झौता र साम्पतिक आधिकारलाई

---

100 हर्वट ब्रेन्स्टिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११३-११४।

101 *Torino Calcio SPA v. Romero, Cass*, Civ, SU 26.1.1971 no 174; साभार: मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ३७९, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ११।

102 *Football club de metz v. Wiroth Colmar ch det a metz 20 avril (1955)* साभार : मार्कलुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ ३७९।

103 फ्रान्सेसको प्यारिसी, भेर्नन म्यालेन्टिन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ १३।

सम्पत्तिको प्रयोगको आधिकारबाट छुटयाउने करार हुन्।[104] यस्तै आर्थिक हानि नोकसानी कानूनको परिचालनबाट पनि सर्छ। उदाहरणको लागि "क" को कामदार "ख" लाई "ग" ले हेलचेत्र्याइँपूर्वक सवारी चलाई घाइते बनाएको कारणबाट काम गर्न निश्चित समयसम्म काम गर्न असमर्थ भए। तर "ख" काम गर्न असमर्थ भए पनि तलवको निरन्तरता कानूनले "क" लाई "ख" लाई तलव दिन बाध्य पार्छ।[105] यसरी कामदार "ख" लाई भएको आर्थिक हानि नोकसानी कानूनले "क" मा सार्छ।[106] सर्ने हानि नोकसानीको दायित्वका सम्बन्धमा दुष्कृतिकर्ता दायित्वको दृष्टिकोणले तटस्थ हुन्छ। तसर्थ अनिर्धारित दायित्वको डर हुँदैन।[107] सरेको आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति अष्ट्रिया, वेल्जियम, फ्रान्स ग्रिस, स्पेन, नेदरलैण्डमा प्राप्त हुन्छ भने बेलायत फिनल्याण्ड, जर्मनी पोर्चगल, स्कटल्याण्ड स्वीडेनमा उपलब्ध हुँदैन।[108]

६.३ सार्वजनिक सेवा बन्द

यस प्रकारको विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीमा कुनै व्यक्तिको सम्पत्ति वा शरीरमा अर्को व्यक्तिको हेलचेत्र्याइँबाट क्षति हुँदैन; तर सार्वजनिक पूर्वाधार उदाहरणको लागि सडक, पुलमा क्षति भएको वा सडक वा पूल अवरुद्ध हुन सक्दछ। यस्ता पूर्वाधारमा क्षति भएको वा अवरुद्ध भएको कारणबाट सो पूर्वाधारमा आश्रित व्यक्तिलाई आर्थिक हानि नोकसानी हुन्छ। उदाहरणको लागि सवारी साधन दुर्घटनाबाट सवारी अवरुद्ध भई सडक बन्द भएको कारणबाट बस कम्पनीलाई आम्दानीमा भएको नोकसानी, कुनै रोगी जनावरलाई जनावर धनीको हेलचेत्र्याइँपूर्वक आफ्नो घरबाट उम्कन दिएको कारणबाट पशुबजार बन्द गर्नु परेको कारणबाट पशुपालकले जनावर बिक्री गर्न नसकी आयमा भएको हानि नोकसानी।[109] यस्तो हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने नहुने भन्नेतर्फ हेर्दा फ्रान्समा आफ्नो त्रुटिबाट कार दुर्घटना भई सवारी अवरुद्ध भई बस कम्पनीलाई भएको आयको हानि नोकसानी सो बस कम्पनीले सो कार दुर्घटना गराउने व्यक्तिबाट भराई लिन पाउने भनी ठहर भएको छ।[110] यसै गरी क्यानडाको क्युवेक प्रान्तको सर्वोच्च अदालतले *Regent Taxiv. Congre'gation des petits de Marie freres dits freres maristes*[111] कुनै व्यक्तिको हेलचेत्र्याइँबाट विजुलीको खम्वा ढली विद्युत अवरुद्ध भएको कारणबाट कुखुरा पालकलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानी त्यस्तो पोल ढाल्ने व्यक्तिबाट भराई लिन पाउने भनी निर्णय भएको छ।

---

104 भेर्नन म्यालेन्टिन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १२।

105 ऐजन, पृष्ठ१३।

106 ऐजन।

107 ऐजन।

108 फ्रान्सेस्को प्यारिसी, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ १३।

109 भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १३।

110 Cass Civ2e, April 28,1965, DS 1965.777 (*Marcailloux v. R.A.T.V.M.*) , साभार: *Canadian National Railway Co v. Norsk Pacific Steamship Co*., Canadian Supreme Court Judgment, [1992] 1 SCR 1021.

111 [1929]SCR 6SO साभार: *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co*., Canadian Supreme Court Judgment, [1992] 1 SCR 1021.

यसको आधार लवर क्यानडाको सिभिल कोडको धारा १०५३ मा रहेको व्यवस्थालाई मानिएको छ।[112] यस्तो आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति अष्ट्रिया, बेल्जियम, बेलायत, जर्मनी, पोर्चुगल, स्कटलैण्ड स्पेन, स्वीडेनमा उपलब्ध हुँदैन।[113]

६.४ भनाई/वक्तव्य /विवरण/सिफारिसप्रतिको दायित्व

कुनै व्यक्तिले अर्को व्यक्तिको सम्बन्धमा कुनै भनाई/वक्तव्य/विवरण व्यक्त गरेमा वा दिएमा वा सिफारिस गरेमा र सोबाट त्यस्तो व्यक्तिको आयमा नोकसानी भएमा त्यस्तो नोकसानीलाई साधारणतया आर्थिक हानि नोकसानी मानिन्छ। उदाहरणको लागि कुनै व्यक्ति कामका लागि योग्य छ भनी सिफारिस गर्नु र त्यस्तो व्यक्ति योग्य नभएको कारणबाट काममा लगाउने व्यक्तिलाई आर्थिक हानि नोकसानी हुन्छ। कानूनले बाध्य गरेको अवस्थामा बाहेक सामान्यतया कुनै व्यक्तिलाई अर्को व्यक्तिको बारेमा वक्तव्य/भनाइ/विवरण दिनुपर्ने वा सिफारिस गर्नेपर्ने बाध्यता हुँदैन। करारीय सम्बन्ध भएका पक्षहरुमध्ये एक पक्षले अर्को पक्षलाई कुनै विवरण उपलब्ध गराउदा होसियारीपूर्वक विवरण/वक्तव्य भनाई दिनुपर्ने कर्तव्य हुन सक्ने र त्यस्तो कर्तव्य उल्लंघन भएमा त्यस्तो पक्षले सोबाट भएको आर्थिक हानि नोकसानी भराई लिन पाउँछ भनिन्छ। तर करारीय सम्बन्ध भएका व्यक्तिवाहेक अरु व्यक्तिले दिएको अभिव्यक्ति/भनाई/ सिफारिस/वक्तव्यबाट भएको आर्थिक हानि नोकसानी भने सीमित अवस्थामा मात्र उत्पन्न हुने र सो अवस्था भनेको धोकाधडी वा जालसाज (फ्रड) भएको वा विश्सासजन्य सम्बन्ध (फिडयुसरी रिलेसनसिप) भएको अवस्थामा मात्र हुन्थ्यो र हेलचेत्र्याइँको दुष्कृति नभई धोकाधडी (डिसिट) दुष्कृति अन्तर्गत मुद्दा चलाउनु पर्थ्यो।[114] धोकाधडीको दुष्कृति हुनको लागि त्यस्तो विवरण/वक्तव्य भनाई झुठा हो भन्ने थाहा वा जानकारी भई वा सो सही हो झुठा हो भन्नेमा लापरवाह गरिदिएको /गरेको हुनुपर्छ। धोकाधडीको हकमा यो सिद्धान्त अद्यापि रहेको छ।[115] भनाई/वक्तव्य /विवरण वा सिफारिसबाट हुने आर्थिक हानि नोकसानीलाई कार्यबाट नभई शब्दबाट हुने आर्थिक हानि नोकसानी भनिन्छ। कार्यबाट हुने हानि नोकसानी भन्दा शब्दबाट हुने आर्थिक हानि बढी हुन्छ भनिन्छ।

करार, धोकाधडी र विश्सासजन्य सम्बन्धका आधारमा भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापत मात्र क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने भन्ने धारणा *Hydley Byrne & Co. ltd. v. Heller & Partners ltd.*[116] को मुद्दामा फेरियो। यस मुद्दामा एक विज्ञापन एजेन्सीलाई आफ्नो एक ग्राहकको आर्थिक अवस्थामा शंका लागि आफ्नो बैंकलाई सो

---

112 साभार : *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, Canadian Supreme Court Judgment, [1992] 1 SCR 1021.

113 फ्रान्सेस्को प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ १३।

114 जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ८९, मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४०३।

115 ऐजन।

116 (1964) AC 645.

ग्राहकको बैंकलाई ग्राहकको आर्थिक अवस्था बुझ्न भनी भन्यो र ग्राहकको बैंकले ग्राहकको आर्थिक अवस्था राम्रो र कारोवार गर्न लायक भनी जवाफ पठायो; जवाफ सो जवाफप्रति आफ्नो कुनै जिम्मेवारी हुने भन्ने वाक्य विना पठाइएको थियो। सो जवाफका आधारमा विज्ञापन एजेन्सीले सो ग्राहकसँग कारोवार गरेकोमा ग्राहक टाट पल्टियो र विज्ञापन एजेन्सीलाई आर्थिक हानि नोकसानी भयो। विज्ञापन एजेन्सीले सो हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्तिको दावी गरी ग्राहकको बैंकविरुद्ध मुद्दा गरेकोमा हाउस अफ लर्डसले ग्राहकको बैंकले जवाफप्रति जिम्मेवार नहुने भनी जवाफ पठाएकोले दायित्व नहुने भनी निर्णय गर्यो। यो निर्णयको महत्त्व के मा रहेको छ भन्ने उपयुक्त अवस्थामा परामर्श दिँदा होसियारीपूर्वक दिनुपर्ने दायित्व उत्पन्न हुने र होसियारीपूर्वक परामर्श नदिए हेलचेत्र्याइँपूर्व परामर्श दिएको कारणबाट भएको आर्थिक हानि नोकसानी तिर्नुपर्ने दायित्व हुन सक्छ भन्ने हो।[117] हाउस अफ लर्डसले निर्णयमा परामर्श दिँदा दायित्व सिर्जना हुनको लागि परामर्श पाउने र परामर्श दिने बीच विशेष सम्बन्ध हुनुपर्ने, विशेष सम्बन्ध हुनको लागि प्रतिवादीले परामर्श दिने जिम्मेवारी वहन गर्नुपर्ने र वादीले प्रतिवादीले दिएको परामर्शमा भर परेको हुनुपर्छ। उदाहरणको लागि कानून व्यवसायी र कानूनी सेवा लिने व्यक्तिको विशेष सम्बन्ध हुनका लागि कानून व्यवसायीमा खास सिप वा दक्षता भएको र सो सिप वा दक्षतामा वादी मनासिव रुपमा भर परेको हुनुपर्छ। भर पराई दुई खालका हुन्छन। विशेष र सामान्य। पक्षहरुबीच कुनै सञ्चार भए त्यो विशेष भर पराई हुन्छ र नियामक निकायहरु जस्तै नगरपालिका आदिले गर्ने नियमनप्रति भर पराइलाई सामान्य भर पराई मानिन्छ र आर्थिक हानि नोकसानीका लागि विशेष भर पराई आवश्यक हुन्छ भनिएको हुन्छ।[118] बेलायतमा यस मुद्दामा प्रतिपादित सिद्धान्तलाई दुष्कृति अन्तर्गत विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने आधार मानिएको छ।

६.५ त्रुटिपूर्ण व्यावसायिक सेवा

इन्जिनियरिङ्ग, लेखा परीक्षण, कानूनी परामर्श जस्ता व्यावसायिक सेवाहरु प्रदान गर्दा सेवा प्रदायकको त्रुटिबाट सेवाग्राहीलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानीलाई विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी मानिन्छ। व्यावसायिक सेवा सामान्यतया करारको माध्यमबाट लिने दिने गरिन्छ र प्राप्त सेवाको कारणबाट सेवाप्रापक असन्तुष्ट भएमा र सेवाको कारणबाट सेवा प्रापकलाई हानि नोकसानी भएमा सेवा प्रापकले करार उल्लङ्घन भएको भनी आर्थिक हानि नोकसानी भरी पाउन र सम्भवत खराव आचरणको मुद्दा पनि गर्न सकिन्छ।[119] व्यावसायिक सेवा प्रदायकले त्रुटि वा हेलचेत्र्याँपूर्वक परामर्श सेवा प्रदान गरेको कारणबाट तेस्रो व्यक्तिलाई भएको हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति सम्बन्धमा भने स्पष्ट मत एकिन भएको छैन।

---

117 जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ९०।

118 ऐजन, पृष्ठ ९१-९३, मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४११।

119 हर्वट ब्रेस्टिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११४।

७. व्यावसायिक कानूनी सेवामा हेलचेक्र्याइँपूर्वक भएको त्रुटिबाट भएको आर्थिक हानि नोक्सानी

बेलायतमा कानूनी सेवा लिन चाहने व्यक्तिले सोलिसिटर कहाँ जानुपर्छ र सेवाप्रापक र सोलिसीटरबीच सम्झौता हुन्छ; व्यारिष्टर आवश्यक भए सोलिसिटरले उनीहरुलाई जानकारी गराउँछन्। कानूनी लिखत तयार गर्ने काम सोलिसेन्टरले गर्छन। बेलायतमा प्रारम्भमा सोलिसिटरले आफ्नो ग्राहकलाई अजालसाज (नन फ्राउडुलेन्ट) वक्तव्य दिएका कारणले हानि नोकसानी भएमा सोलिसिटरको हेलचेक्र्याइँमा दायित्व हुने भनी ठहर भएको थियो।[120] यसको आधार विश्सासजन्य (फिडयुसरी) सम्बन्धलाई मानिएको थियो। ब्यारिष्टरहरुलाई भने उनीहरुको ग्राहकसँग सम्झौता नहुने र व्यारिष्टरको कर्तव्य अदालतप्रति हुने हुनाले दायित्व ठहऱ्याउँदा निजले अदालतप्रति कर्तव्य पूरा गर्न हेलचेक्र्याइँ गर्ने हुनाले दायित्व नहुने भनी निर्णय गरेको थियो।[121] तर पछि सोलिसिटर र व्यारिष्टरविच भेदभाव भयो भन्ने आधारमा अदालतमा देवानी कारवाहीका सम्बन्धमा उनीहरुको कामकारवाहीलाई लिएर अधिवक्तालाई उन्मुक्ति नहुने भनी निर्णय भएको थियो।[122] सेवा प्रदायक र सेवा प्रापक वाहेक तेस्रो व्यक्तिलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति त्यस्तो तेस्रो व्यक्तिले भराई लिन पाउने नपाउनेभन्ने तर्फ हेर्दा बेलायतमा हाउस अफ लर्डस र संयुक्त राज्य अमेरिकाको क्यालिफोर्निया राज्यको सर्वोच्च अदालतबाट तेस्रो व्यक्तिले त्यस्तो आर्थिक हानि नोकसानी भराई लिन पाउने निर्णय भएका छन्। बेलायतमा *White* v. *Jones*[123] को मुद्दामा बाबुले दुई छोरीहरुका नाउँमा प्रत्येकले ९००० स्टर्लिङ्ग पाउण्ड पाउने गरी इच्छापत्र तयार गर्न सोलिसिटरलाई निर्देशन दिएकोमा सोलिसिटरले एक महिनासम्म केही नगरी त्यसपछि इच्छापत्र तयार गर्न सुरु गरेको र इच्छापत्र दिने बाबु र छोरीहरुबीच कागजात तयार गर्ने भनी निर्धारित दिनको तीन दिनअघि बाबुको मृत्यु भएकोले आफूहरु इच्छापत्रमा उल्लिखत रकम प्राप्त गर्नबाट वञ्चित भइ आर्थिक हानि नोकसानी भएको भनी सो भराई लिन छोरीहरुले दावी गरेकोमा सोलसोलिसिटरले हेलचेक्र्याइँ निजको दायित्व हुने भनी निर्णय गरेको थियो। यस मुद्दामा सोलिसिटरको करार बाबुसँग भएको थियो र छोरीहरुसँग भएको थिएन।

संयुक्तराज्य अमेरिकामा धेरैजसो राज्यहरुका अदालतहरुले द रिस्टेटमेन्ट सेकेन्ड अफ टर्टसमा रहेको "इच्छित लाभग्राही" (इन्टेडेड बेनिफिसियरी) को धारणालाई अवलम्बन गरी क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने गरेको छ। यस धारणामा, सेवा प्रदायक र सेवा प्रापकबीचको काम कारवाहीबाट तेस्रो व्यक्तिलाई इच्छित लाभग्राही भनी भन्न सकिने अवस्थामा त्यस्तो तेस्रो व्यक्तिलाई सेवा प्रदायक व्यक्तिको कारणबाट भएको आर्थिक हानि नोकसानी भराई पाउन सकिने भनिएको छ। यस धारणाअनुसार सेवा प्रदान गर्ने व्यक्तिले अन्य व्यक्तिहरुलाई उनीहरुको व्यवसाय सञ्चालनको लागि मार्गदशन गर्न सूचना वा जानकारी दिएको

---

120 *Nocton v. lord Ashburton,* (1914) AC 932, साभारः मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४०४।

121 *Rondel* vs *Worsley,* (1969) 1 AC 191, साभारः जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ५७।

122 *Hall v. Simons,* [2003] 3All ER 673.

123 (1995) All ER 661, साभारः जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ १०८।

हुनुपर्ने; मर्का परेको व्यक्ति सेवा प्रदान गर्ने व्यक्तिले आफूले प्रदान गर्ने सूचना वा जानकारी पाउने भनी थाहा पाएको समूहको व्यक्ति हुनुपर्ने र सेवा प्रदान गर्ने व्यक्तिले दिएको सूचना वा जानकारीबाट हानि नोकसानी भएको कारोवार सेवा प्रदान गर्ने व्यक्तिले प्रभावित गर्न इच्छाएको कम्तीमा मिल्दोजुल्दो कारोबार हुनुपर्छ।[124] यो इच्छित लाभग्राही मोडेल (इन्टेडेड वेनीफिसियरी मोडेल) लाई संयुक्त राज्य अमेरिकामा १७ वटा राज्य र संघीय अदालतका निर्णयहरुमा अवलम्वन गरिएको छ।[125] कानून व्यवसायीले प्रदान गरेको परामर्शबाट तेश्रो पक्षलाई आर्थिक हानि नोकसानीबापतको क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने नहुने सम्बन्धमा संयुक्त राज्य अमेरिकाका विभिन्न राज्यका अदालतहरुबीच फरक फरक अभ्यास रहेको छ। क्यालिफोर्निया सर्वोच्च अदालतले *Lucas* v. *Hamm*[126] को मुद्दामा कानून व्यवसायीले इच्छापत्र तयार गर्न मन्जुर गरेको तर हेलचेक्र्याइँ गरी दुइजना साक्षी राख्न चुकेको कारणबाट इच्छापत्रको मान्यता नभई इच्छित (इन्ट्न्डेड) प्रयोजन हासिल हुन नसकेकोले कानून व्यवसायीले सोबापत दायित्व बहन गर्नुपर्ने भनी निर्णय गरेको छ।

अष्ट्रेलियामा *Hill v. Van Erp Von*[127] को मुद्दामा इच्छापत्रमा साक्षीको रुपमा लाभग्राहीको दम्पत्तिलाई वस्न भनी सोलिसिटरले हेलचेक्र्याइँपूर्वक परामर्श दिएको कारणबाट इच्छापत्रको कानूनी मान्यता नभइ इच्छापत्रको लाभग्राही अपुतालीबाट बञ्चित भएको कारण आर्थिक हानि नोकसानी भएको भनी सोको क्षतिपूर्तिको लागि लाभग्राहीले दावी गरेकोमा अष्ट्रेलियाको हाइ कोर्टले सोलिसिटरको लाभग्राहीप्रति होसियार हुनुपर्ने कर्तब्य रहेको र निजले सो कर्तव्य उल्लंघन गरेको भनी सोलिसिटरले दायित्व बहन गर्नुपर्ने भनी निर्णय गरेको छ।

कानून व्यवसायीको परामर्शबाट तेस्रो पक्षलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापत कानून व्यवसायीको दायित्व हुने नहुने विषयमा युरोपियन मुलुकका देशहरुमा पनि फरक फरक अभ्यास रहेको छ। अष्ट्रिया, बेल्जियम, बेलायत, फ्रान्स, जर्मनी, ग्रिस, इटाली, स्कटलैण्ड, स्पेन र नेदरलैण्डमा यस्तो दायित्व हुन्छ भने फिनलैण्ड ,पोर्चुगल र स्वीडेनमा भने दायित्व हुने नहुने स्पष्ट भइसकेको छैन।[128]

८. लेखापरीक्षकको दायित्व

व्यावसायिक रुपमा लेखा परीक्षण गर्न लगाइएको व्यक्तिले दिएको लेखा परीक्षण प्रतिवेदनमा आधारित भएर गरेको कामबाट तेस्रो व्यक्तिलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानी बापत लेखापरीक्षकको दायित्व हुने

---

124 हर्वट व्रेन्सटिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११६।

125 ऐजन।

126 364 P .2d 685 (Call1961), साभारः हर्वट व्रेन्सटिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११७।

127 [1997] 188 CLR 159, साभारः मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४४७।

128 फ्रान्सेसको प्यारिसि, भेर्नन भ्यालेन्टिन र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, पृष्ठ १३।

नहुने मुख्य प्रश्न रहेको छ। वेल्जियम, इटाली, स्वीडेन, फिनल्याण्ड, नेदरल्याण्डमा दायित्व हुने र अष्ट्रिया, जर्मनी, पोर्चगल, बेलायत, स्कटल्याण्डमा दायित्व नहुने परिपाटी रहेको छ।[129]

कमन ल प्रणाली अवलम्वन गरिएका मुलुकहरु बेलायत, संयुक्त राज्य अमेरिका, अष्ट्रेलिया र क्यानडामा लेखा परीक्षण प्रतिवेदनमा भर परेर तेस्रो व्यक्तिले गरेको काम कारवाहीबाट निजलाई आर्थिक हानि नोकसानी भएमा त्यस्तो आर्थिक हानि नोकसानीबापत सामान्यतया क्षतिपूर्ति प्राप्त हुँदैन। त्यसरी क्षतिपूर्ति प्राप्त गर्नको लागि लेखा परीक्षकलाई आफूले दिएको लेखा परीक्षण प्रतिवेदनबाट त्यस्तो तेस्रो व्यक्तिलाई आर्थिक हानि नोकसानी हुन्छ भन्ने कुरा थाहा भएको हुनुपर्छ।[130]

बेलायतमा *Caparo Industries Plc v. Dickman*[131] को मुद्दामा क्यापारो कम्पनीको फिडलिटि कम्पनीमा शेयर रहेको थियो। क्यापारोले फिडलिटीको सन् १९८४ को कर वर्षको लेखा परीक्षण प्रतिवेदन प्रकाशन हुनुअघि फिडलिटिको शेयर खरिद गर्ने प्रकृया सुरु गरी सो लेखा परीक्षण प्रतिवेदन प्रकाशन भएपछि फिडलिटिलाई खरिद गर्यो। सो लेखा परीक्षण प्रतिवेदनमा फिडलिटिको कर कट्टा गर्नुअघि १२ लाख स्टर्लिङ्ग पाउण्ड नाफा भएको देखाइएको थियो। तर पछि फिडलिटि नाफामा नभई ४ लाख स्टर्लिङ्ग पाउण्ड नोक्सान भएको तथ्य पत्ता लाग्यो। क्यापारोले आफूले फिडलिटिको शेयरको लागि वास्तविक मूल्यभन्दा अधिकमूल्य तिर्नुपरेको भनी लेखा परीक्षकविरुद्ध मुद्दा गर्यो। दावीको आधार भनेको फिडलिटीको शेयर खरिद गर्न चाहने फिडलिटी बाहिरका मानिसहरु वा फिडलिटिकै शेयरहोल्डरहरुले लेखा परीक्षण प्रतिवेदनलाई आधार मान्न सक्ने भन्ने पूर्वानुमान गर्न सक्ने हुँदा लेखा परीक्षकहरु त्यस्ता मानिसहरुप्रति होसियार हुने कर्तव्य रहेको भन्ने थियो। हाउस अफ लर्डसले कुनै कुरा वा विवरण धेरथोर सामान्य रुपमा वितरण हुने गरी राखिएको र सो कुरा वा विवरण तयार गर्ने व्यक्तिप्रति अपरिचित मानिसले विभिन्न प्रयोजनका लागि भर पर्न सक्दछ भन्ने सम्भावना भएको तर सो कुरा वा विवरण तयार गर्ने व्यक्तिले सोको अपेक्षा गर्ने खास कारण नभएको अवस्थामा त्यस्तो कुरा वा विवरण तयार गर्ने व्यक्तिलाई दायित्व वहन गराउँदा दायित्व अनिर्धारित रकमको अनिर्धारित समयको लागि र अनिर्धारित वर्गको लागि सिर्जना हुने हुनाले त्यस्तो दायित्व नहुने भन्ने निर्णय गर्यो।[132] वास्तवमा यस मुद्दामा हाउस अफ लर्डसले दायित्व सिर्जना हुने नहुने कुरा कुनै कुरा वा विवरण कुन प्रयोजनको लागि तयार भएको हो सो प्रयोजनमा भर पर्ने; फिडलिटिको लेखा परीक्षण कम्पनी ऐन अन्तर्गत शेयर होल्डरलाई कम्पनीको काम कारोवारको जानकारी दिने प्रयोजनले भएको थियो र कुनै खास कम्पनीले फिडलिटीमा लगानी गराउने प्रयोजनको लागि थिएन र क्यापोरोले लेखा परीक्षकलाई लेखा परीक्षण गरेबापत रकम पनि तिरेको थिएन भन्ने आधारमा निर्णय गरेको थियो।[133] आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्तीलाई स्विकार्दा अनिर्धारित रकम, समय

---

129 ऐजन।

130 मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १ पृष्ठ ४२३-४२९।

131 (1990)2 AC 605.

132 मार्क लुने र फेन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४२५-४२६।

133 ऐजन, पृष्ठ ४२६।

र वर्गको लागि दायित्व सिर्जना हुने भन्ने धारणा संयुक्त राज्य अमेरिकाको न्यूयोर्क राज्यका न्यायाधीश कार्डोजोले *Ultramares Corp. v. Touche*[134] एक मुद्दामा प्रतिपादन गरेको थिए। यस मुद्दामा लेखापालहरुले एक कम्पनीको व्यवसायको लेखा कम्पनीले राखेको किताबको आधारमा परीक्षण गरी व्यालेन्स सिटको ३२ वटा प्रमाणितप्रतिहरु कम्पनीलाई दिएका थिए। उक्त व्यालेन्स सिटबाट कम्पनी यूएस डलर दश लाख नाफामा रहेको देखाइएको थियो तर वास्तवमा कम्पनी टाँट पल्टेको थियो। जुन किताबका आधारमा लेखा परीक्षकहरुले व्यालेन्ससिट तयार गरेका थिए सो किताव नै कम्पनीको व्यवसाय जिम्मा लिने व्यक्तिले झुठ्ठा बनाएका थिए। उक्त परीक्षण भएका प्रमाणित व्यालेन्ससिटमा भर परी वादीले सो कम्पनीलाई कर्जा दिएको थियो र वादीलाई आर्थिक हानि नोकसानी भयो। वादीले उक्त लेखा परीक्षकहरुलाई हेलचेत्र्याइँयुक्त (जालसाज सहित) भ्रम गरेको भनी नोक्सान भएको आर्थिक हानि असुल उपरको लागि दावी गरी मुद्दा दिएको थियो। अदालतले" व्यालेन्ससिट वादीहरुलाई पठाउनु नै कारोवारको साध्य र उद्देश्य होइन", लेखापालहरुलाई उक्त प्रमाणित व्यालेन्ससिट बैंङ्क, कर्जा दिने व्यक्ति/स्टकहोल्डर्सलाई वित्तीय कारोवारको आधारको लागि दिइने कुरा थाहा भएको भए तापनि यस मुद्दामा प्रतिवादीहरुले यी व्यक्तिहरुको पहिचान र यो व्यालेन्ससिट कुन हदसम्म र कति संख्याको कारोवारमा प्रयोग हुनसक्छ भन्ने थाहा थिएन। यस अवस्थामा हेलचेत्र्याइँबापत दायित्व वहन गराउँदा लेखापालहरुलाई अनिर्धारित वर्गप्रति अनिर्धारित समयको लागि अनिर्धारित रकमको दायित्व सिर्जना हुने हुनाले सो व्यालेन्ससिटका सम्बन्धमा लेखापालहरुको दायित्व नहुने हुने भन्ने निर्णय गर्यो।[135]

लेखापरीक्षण प्रतिवेदनका सम्बन्धमा लेखापरीक्षकको तेस्रो व्यक्तिको दायित्व हुने नहुने सम्बन्धमा कमन ल प्रणाली अवलम्वन गरिएका मुलुकहरुमा बेलायतमा Caparo को मुद्दामा भएको निर्णय जस्तै दायित्व नहुने भनी निर्णय भएका छन्। अष्ट्रेलियामा *Esanda Finance Corporation Ltd.* V. *Peat Marwick Hungerford*[136] त्यहाँको सर्वोच्च अदालत (हाई कोर्ट) बाट कुनै कम्पनीको लेखा परीक्षकलाई आफूले गरेको लेखा परीक्षणमा सो कम्पनीको कर्जादाता वा वित्त लगानीकर्ताले सो कम्पनीको वित्तीय कारोवार गर्नको लागि भर पर्न सक्छ भन्ने पूर्वानुमान हुने दावी गरिए तापनि लेखा परीक्षकलाई त्यतिकै आधारमा दायित्व सिर्जना हुने पर्याप्त आधार हुँदैन; दायित्व सिर्जना हुनको लागि जुन प्रकारको कारोवार भएको हो सो प्रकृतिको कारोवार हुन सक्छ भन्ने प्रयोजनको लागि सूचना/जानकारी वादीलाई दिइने छ भन्ने कुरा प्रतिवादी लेखापालहरुलाई थाहा भएको वा उनीहरुले थाहा पाएको कुरा देखाउनु पर्छ र त्यस्तो जानकारीमा भर परी त्यस्तो कारोवार हुने सम्भावना भएको हुनुपर्छ भन्ने निर्णय भएको छ।

क्यानडामा *Hercules Management ltd.* v. *Ernst & Young*[137] को मुद्दामा क्यानडाको सर्वोच्च अदालतबाट कम्पनीको लेखापरीक्षकका विरुद्ध सो कम्पनीको शेयर होल्डर र लगानीकर्ताले गरेको दावीका सम्बन्धमा

---

134 174 NE 441(NY1931), साभारः हर्वट व्रेन्सटिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११५।

135 ऐजन।

136 [1997] 188 CLR 241, साभारः मार्क लुने र फेन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४२९।

137 [1997] 2 SCR 165.

लेखापरीक्षकले सूचना/जानकारी प्राप्त गर्ने व्यक्ति को हो र कुन प्रयोजनको लागि सो सूचना प्रयोग हुन्छ भन्ने कुरा थाहा पाएमा (पूर्वानुमानभन्दा) मात्र कम्पनीको लेखा परीक्षकको आर्थिक हानि नोकसानीप्रतिको दायित्व हुने भनी निर्णय भएको थियो।

महाद्विपीय कानुनी प्रणाली अवलम्वन गरिएका मुलुकहरुमा भने लेखापरीक्षकहरुले दिएको प्रतिवेदनमा भर परी तेस्रो व्यक्तिले काम कारवाही गर्दा भएको आर्थिक हानि नोकसानीबापत दायित्व हुने नहुने विषयमा फरक फरक धारणा रहेको छ। फ्रान्समा बेलायतको हाउस अफ लर्डसबाट Caparo को मुद्दामा निर्णय भएको जस्तै परिस्थितिमा लेखापालहरुले दिएको प्रतिवेदनमा भर परी तेस्रो व्यक्तिले काम कारवाही गर्दा निजलाई आर्थिक हानि नोकसानी भएमा सोबापत लेखापालहरुको दायित्व सिर्जना हुने भन्ने निर्णय भएको छ।[138] यसको कारण के हो भने फ्रान्समा दायित्व सिर्जना हुनका लागि बेलायतमा जस्तो हेलचेक्र्याइँको आधारमा हुने हानि नोकसानीको दायित्व सीमित गर्नका लागि होसियारीको कर्तव्य (ड्यूटी अफ केयर) लाई प्रयोग गरिँदैन। त्रुटि, कारक र क्षति (फल्ट, कजेशन र ड्यामेज) स्थापित हुनासाथ दायित्व सिर्जना हुन्छ।[139] यसको विपरीत जर्मनीमा भने फ्रान्समा जस्तो दायित्व हुने स्पष्ट व्यवस्था रहेको छैन। यसको कारण हो जर्मन सिभिल बोर्डको दफा ८२३ मा दायित्व हुने वर्णित अवस्थामा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी स्पष्ट रुपमा उल्लेख नहुनु। तथापि जर्मन अदालतले सिभिल कोर्डको धारा ८२६ लाई आधार मानेर केही अवस्थामा दायित्व सिर्जना हुने भन्ने निर्णय गरेका छन्। सो दफामा कुनै व्यक्तिले अर्को व्यक्तिलाई नियतपूर्वक सार्वजनिक नीति विपरीत हुने गरी क्षति पुऱ्याएमा त्यस्तो व्यक्तिले क्षतिबापत क्षतिपूर्ति तिर्न वाध्य हुनेछ भन्ने प्रावधान रहेको छ। सो प्रावधानलाई व्याख्या गर्दा प्रतिवादीले वास्तवमा हानि नोकसानी पुऱ्याउने नियत राखेको हुन आवश्यक नपर्ने, यदि हानि नोकसानी हुन सक्ने सम्भावना रहेको बारे उ सचेत रहेको र सो बारे चुपचाप बसे पर्याप्त हुन्छ भन्ने ठानिएको छ।[140] उदाहरणको लागि अरु कर्जादातालाई हानि नोकसानी हुने र आफूलाई फाइदा हुने गरी कसैको दामासाही प्रकृयालाई ढीला गर्नु वा झुठा जानकारी दिनु वा जानकारी दिनुपर्ने अवस्थामा जानकारी नदिनु। सार्वजनिक नीति विपरीतको कार्य भन्नाले (*Contra bonos mores*) कुनै व्यक्ति अर्को व्यक्तिसँग कानूनी सम्बन्धमा रहेकोमा निजले त्यस्तो व्यक्तिका विरुद्ध गरेको नैतिक रुपमा ठेस लाग्ने आचरणलाई मानिएको छ। यत्तिकै आधारमा मात्र हेलचेक्र्याइँपूर्वक परीक्षण गरिएको लेखाको आधारमा ऋण दिने कर्जादाताले लेखा परीक्षकविरुद्ध मुद्दा स्थापित नहुने भए तापनि असावधान (केयरलेस) र असचेतनायुक्त (अनकन्साइवल) आचरणबाट सार्वजनिक नीति विरुद्धको आधार पूरा हुने र प्रतिवादीले दिएको वा व्यक्त गरेको कुरा वा विवरण वित्तीय लगानी गर्ने व्यक्तिसँगको वार्तामा प्रयोग गर्न सकिने भए र त्यस्तो व्यक्तिलाई आफ्नो अहित हुने निर्णय लिन सो कुराबाट मार्गदर्शन हुन सक्तछ भन्ने कुरा लेखापालहरुको हकमा ठान्न सकिने भए त्यस्तो नियत भएको कुरा अनुमान गर्न सकिन्छ भनिएको छ।[141] यसै आधारमा जर्मनीमा एउटा बैंङ्कले एउटा व्यवसायलाई ऋण दिन खोजिरहेको छ भन्ने कुरा क्रेडिट रिपोर्ट कम्पनीलाई थाहा भएकोमा सो

---

138 मार्क लुने र केन अलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४२८।

139 ऐजन।

140 भेर्नन भ्यालेन्टाइन पाल्मर र माउरो वुसानी, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ६१।

141 मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४२८-४२९।

कम्पनीले सो व्यवसायको लागि हेलचेत्र्याइँपूर्वक वित्तीय विवरण तयार पारेको अवस्थामा सो बैंकले आफूलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानी सो कम्पनीबाट भराई लिन पाउने ठहर भएको थियो।[142]

९. सर्भेयर र मूल्यांकनकर्ता

घर बिक्री गर्ने व्यक्तिले बिक्रीको प्रयोजनको लागि घरको मूल्यको मूल्यांकन सर्भेयर वा मूल्यांकनकर्ताबाट गराउन सक्छन्। उनीहरुले घरको मूल्यांकन गरी दिने प्रतिवेदनलाई सर्भेयर वा मूल्यांकनकर्ताको सूचना वा जानकारी मानिन्छ। मूल्यांकन गराउँदा मूल्यांकन गर्ने र गराउनेबीच र घर बिक्री गर्ने र खरिद खरिद गर्ने व्यक्तिबीच करार भएको हुन् सक्छ तर मूल्यांकनकर्ता वा सर्भेयर र घर खरिद गर्ने व्यक्तिबीच करार हुन र नहुन पनि हुन सक्छ।

यसरी मुल्यांकन गर्दा मूल्याङ्कनकर्ताले हेलचेक्याइँ गरेको कारणले घर त्रुटियुक्त भइ घर खरिदकर्ताले बढी रकम तिर्नु परेकोमा घर खरिद कर्ताले मूल्यांकनकर्ता वा सर्भेयरबाट सोको क्षतिपूर्ति भराई लिन पाउने नपाउने प्रश्न रहेको छ।

बेलायतमा यस प्रश्नलाई Hydel Byrne को अपवादको रुपमा लिई सर्भेयर/मूल्यांकनकर्ताले हेलचेत्र्याइँपूर्वक गरेको मूल्यांकनप्रति निजलाई दायित्व हुने नहुने विषयमा बेलायतमा दुईवटा मुद्दाहरुमा निर्णय भएको छ *Smith v. Eric S. Bush (A Firm); Harris and Another v. Wyre ForestDistrict Council*[143] यी मुद्दाहरुमा घर खरिदकर्ताले नभइ धितो बन्धकमा घर खरिद गर्न दिने व्यक्तिले बिक्री गरिने घरको मूल्यांकन गर्न मूल्यांकनकर्तालाई अहायो; मूल्यांकन गर्दा लाग्ने खर्च घर खरिद गर्ने व्यक्तिले तिरेको थिए। स्मीथको हकमा मूल्यांकन तेश्रो पक्षले गरेको थियो र ह्यारिसको हकमा मूल्यांकन काउन्सिल (धीतोमा घर खर खरिद गर्न दिने) आफैंले गरेको थियो। स्मीथको मुद्दामा प्रतिवेदन र मूल्यांकन सही छ भन्ने कुरा र कुनै जिम्मेवारी वीना मूल्याङ्कन प्रतिवेदन दिएको र प्रतिवेदन र मूल्यांकनप्रति प्रतिवादी र मूल्यांकनकर्ताको जवाफदेहिता नरहने भन्ने प्रावधानसहित मूल्यांकनको जानकारी खरिदकर्तालाई दिइएको र खरिदकर्ताले सो जानकारी पढेको पनि थियो; ह्यारिसको मुद्दामा भने मूल्यांकन गोप्य रहेको; स्थानीय तहको जानकारी वा प्रयोजनको लागि मात्र गरिएको; स्थानीय तहले सो मूल्यांकनको मूल्य र सम्पत्तिको अवस्थाप्रति आफ्नो जिम्मेवारी नरहने भन्ने प्रावधान रहेको थियो। दुईवटै मुद्दामा मूल्यांकन प्रतिवेदनमा मूल्याङ्कनप्रति मूल्याङ्कनकर्ताको जवाफदेहिता नरहने भन्ने प्रावधान रहेको कुरा खरिदकर्तालाई जानकारी थियो। दुईवटै मुद्दामा मूल्यांकनकर्ताले मूल्यांकन गर्दा हेलचेत्र्याइँ गरेको कारण आर्थिक हानि नोकसानी भएको भनी घर खरिदकर्ताहरुले मूल्यांकनकर्ताका विरुद्ध मुद्दा गरेका थिए। निर्णय गर्नुपर्ने प्रश्न घर खरिदकर्ताले नभइ धितो बन्धकमा घर विक्री गर्नेले मूल्याङ्कन गराएको अवस्थामा मूल्याङ्कनकर्ताको हेलचेत्र्याइबाट घर खरिदकर्तालाई भएको हानि नोकसानी भराइ लिन पाउने नपाउने भन्ने थियो। हाउस अफ लर्डसले

[142] OLG Munich 13 July 1956 BB 1956, 866, साभारः जेम्स गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २८३।

[143] [1990]1 AC 831, साभारः मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४१३।

मूल्यांकनकर्ताको घर खरिदकर्ताप्रति आर्थिक हानि नोकसानीबापत दायित्व हुने नहुने; मूल्यांकनकर्ताले मूल्यांकनप्रति आफ्नो दायित्व नहुने भन्ने प्रावधानमा अनफेयर कन्ट्राक्ट टर्मस एक्ट १९७७ लागू हुन नहुने भन्ने समेतको प्रश्नमा मूल्यांकनकर्तालाई आफूले गरेको मूल्यांकनमा खरिदकर्ता सम्भवतः भर पर्न सक्छ भन्ने ज्ञान भएकोले खरिदकर्ता र मूल्यांकनकर्ताबीच सामिप्यता (प्रोक्सिमिटि) उत्पन्न भएकोले र मूल्यांकनकर्ताले व्यावसायिक (प्रोफेसनल) रुपमा काम गरेकोले दायित्व हुने र मूल्यांकनकर्ता र काउन्सिलले मूल्यांकनप्रति दायित्व नहुने भनी उल्लेख गरेको कुरा अनफेयर टर्मस एक्ट १९७७ लागू भई सो उन्मुक्ति प्रावधान लागू नहुने भन्ने निर्णय गरेको छ।[144]

१०. त्रुटियुक्त वस्तु (डिफेक्टिभ प्रोडक्टस)

कसैले कुनै वस्तु खरिद गरेकोमा सो वस्तुबाट खरिदकर्तालाई चोटपटक लागेमा वा अरु कुनै वस्तु वा सम्पत्तिलाई नोक्सान भएमा सोबाट जिउ ज्यान वा सम्पत्तिमा भएको क्षति र सो वस्तुबाट कुनै नाफा हुने भए त्यसलाई परिणामात्मक हानि नोकसानी मानिन्छ र सोबापत क्षतिपूर्ति भराइ लिन पाइन्छ। यस्तो क्षतिपूर्ति करार दुष्कृति वा अन्य ऐन अन्तर्गत क्षतिपूर्ति भराइ लिन पाइन्छ। उदाहरणको लागि कसैले प्रेसर कुकर किनेर ल्याएकोमा प्रेसर कुकर पडकिएर खरिदकर्ताको शरीरमा चोटपटक लाग्नु वा त्यस्तो चोटपटक लागेको कारणबाट काम गर्न नसकी आयमा कमी हुनु वा प्रेसर कुकर राखेको चुलो काम नलाग्ने हुनु। तर वस्तु आफैँलाई क्षति भए वा खरिदकर्ताको अपेक्षाअनुसारको वस्तु नभएमा भने त्यसलाई विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी मानिन्छ र सामान्यतया सोबापत क्षतिपूर्ति दिइँदैन। उदाहरणको लागि प्रेसर कुकरको सिठी नराम्री नबज्ने। यसको लागि त्यस्तो वस्तुको सट्टा अर्को वस्तु पाउन वा मर्मत गर्न लागेको खर्च उपलब्ध हुन्छ। त्यस्तो क्षतिपूर्तिको दावी करार अन्तर्गत गर्नुपर्छ र वस्तु विक्री करार अन्तर्गत वारेन्टी अन्तर्गत दावी गर्नुपर्छ। तर उपभोक्ताले वस्तु खरिद गर्दा करार नहुने, विक्री व्यवसायको सिलसिलामा नहुन सक्ने र वस्तु कसैलाई उपहार दिन किनेकोमा विक्रेता र उपहार लिने व्यक्तिविच करारीय सम्बन्ध नहुने भएकोले यस्तो अवस्थामा दुष्कृति अन्तर्गत दावी गर्नुपर्ने हुन्छ।[145] कमन ल प्रणाली अपनाइएका मुलुकहरुमध्ये बेलायतमा करारका आधारमा नै उपचार खोज्नुपर्ने र तेश्रो व्यक्तिलाई दावी गर्ने अधिकार दिँदा करारीय सम्बन्ध (प्रिभिटी अफ कन्ट्र्याकंट) अनुकूल नहुने भन्ने धारणा रही आएकोमा सन १९३४ मा *Donoghue* v.*Stevenson*[146] मुद्दामा कुनै वस्तुबाट कसैलाई हानि नोकसानी भएमा र त्यसबाट व्यक्तिको जिउ ज्यान वा सम्पत्तिमा नोकसानी भएमा करार नभए पनि सो वस्तुको निर्माताले क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्छ भन्ने निर्णय गरेको थियो। यो सिद्धान्त पहिला खाने र पेय पदार्थमा सीमित रहेकोमा अहिले सबै प्रकारका वस्तुहरुमा लागू हुन्छ।[147] वस्तुको निर्माता वस्तुको प्रयोग गर्ने व्यक्तिप्रति दायित्व हुने भएतापनि डिजाइनरलगायतका वर्गहरुको दायित्वलाई समेटने नभएकोले यसलाई समाधान

[144] मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४१३-४१४।

[145] जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७१।

[146] [1932] AC 562.

[147] जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ २७३।

गर्नको लागि उपभोक्ता संरक्षण कानून बनेको छ। संयुक्त राज्य अमेरिकामा पनि त्रुटियुक्त वस्तु (डिफेक्टिभ प्रोडक्टस) वस्तुबाट व्यक्तिको जिउ ज्यान वा सम्पत्तिमा हानि नोकसानी भएमा र सोबाट आर्थिक हानि नोकसानी भएमा क्षतिपूर्ति प्राप्त हुन्छ तर वस्तु नै नष्ट भएमा वा कम गुणस्तरको भएमा वस्तु बिक्री करार अन्तर्गत वारेन्टीमा दावी गर्नुपर्छ। तसर्थ अमेरिकामा धेरैजसो अदालतहरुले र सर्वोच्च अदालतले समेत त्रुटियुक्त वस्तुबाट हुने विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति स्वीकार गरेका छैनन।[148]

११. नेपालमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व

नेपालमा स्पष्ट रुपमा दुष्कृति र दुष्कृतिबापतको दायित्वलाई मुलुकी देवानी संहितामा स्वीकार गरिएको हो। सो संहितामा देवानी कानूनको एक प्रमुख सिद्धान्तको रुपमा दुष्कृतिलाई र दुष्कृति गर्नेले क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने सिद्धान्तलाई स्वीकार गरिएको छ। सो संहितामा कुनै काम गर्दा वा गराँउदा कसैको गल्तीले अरुलाई हानि नोकसानी हुन गएमा त्यसरी हानि नोकसानी भएको क्षतिको दायित्व त्यस्तो गल्ती गर्ने वा गराउने व्यक्तिले व्यहोर्नु पर्ने र त्यस्तो दायित्व निर्वाह गर्न सम्बन्धित व्यक्तिले क्षतिपूर्ति व्यहोर्नु पर्ने भन्ने प्रावधान रहेको छ।[149] यस प्रावधानले दुष्कृतिको सिद्धान्तलाई अङ्गीकार गरेको छ। के कस्तो अवस्थामा दुष्कृति हुन्छ भन्ने कुरा संहिताको दफा ६७२ मा दुष्कृतिको परिभाषा गरिएको छ। सो परिभाषा देहायबमोजिम रहेको छ।

"कसैलै आफ्नो वा यस परिच्छेदबमोजिम आफैंले दायित्व बहन गर्नुपर्ने अरु कसैको त्रुटि हेलचेत्र्याइँ वा लापरबाही जेसुकैबाट भए तापनि गरेको कुनै काम (कमिसन) वा अकर्मण्यता (ओमिसन)बाट कसैको जिउ, ज्यान वा सम्पत्ति वा कानूनबमोजिम संरक्षित हक वा हितमा कुनै किसिमले हानि नोकसानी पुर्‍याउनु हुँदैन। त्यस्तो काम वा अकर्मण्यताका सम्बन्धमा पक्षहरुबीच कुनै पूर्व करारसम्बन्ध भएको रहेनछ भने त्यस्तो काम वा हेलचेत्र्याइको परिणाम स्वरुप उत्पन्न हानि नोकसानीलाई दुष्कृति गरेको मानिनेछ"।

देवानी संहिताको दायित्वसम्बन्धी सामान्य व्यवस्था, अप्रत्यक्ष वा अर्ध करार,अनुचित सम्बृद्धि (अनजष्ट इनरिचमेन्ट) र दुष्कृतिसम्बन्धी प्रावधानहरु हेर्दा दुष्कृतिको परिभाषालगायत अरु प्रावधानमा समेत फिलिपिन्सको देवानी संहिताबाट प्रभावित छ भन्न सकिन्छ[150]। यस परिभाषामा जमर्नी र फ्रान्स दुवैका सिभिल कोडका विशेषताहरु देखिन्छन्। के-कस्ता कुरामा हानि नोकसानी भएमा दुष्कृति हुन्छ भन्ने कुरा उल्लेख भएको छ। यस्ता कुराहरु व्यक्तिको जिउ, ज्यान, सम्पत्ति र कानूनबमोजिम संरक्षित हक वा हितमा हानि नोकसानी हुन्। जर्मन संहिताको दफा ८२३ मा यी कुराका अतिरिक्त व्यक्तिको स्वतन्त्रता र स्वास्थ्य रहेका छन्। यसका अतिरिक्त यकिन गर्न नसकिएका कुरामा "उस्तै अधिकार" भनिएको छ।

---

148 हर्वट ब्रेन्स्टिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १२१।

149 मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ८।

150 हेर्नुहोस् Civil Code of the Philippines, Title XVII, Extra Contractual Obligations.

देवानी संहितामा भने "उस्तै अधिकार" नभनी कानूनबमोजिम संरक्षित हक वा हित भनिएको छ। तसर्थ देवानी संहिताको यो प्रावधान जर्मन संहिताको दफा ८२३ सँग केही हदसम्म मिल्दोजुल्दो रहेको छ।[151] तर त्यस्तो हानि नोकसानीका सम्बन्धमा पक्षहरुबीच अघि नै कुनै करार भएको भए करारबमोजिम नै हुने व्यवस्थाले करार भएको अवस्थमा संहिताको दुष्कृतिको व्यवस्था लागू नहुने र करार नभएको अवस्थामा मात्र सो दफाको प्रावधान लागू हुने व्यवस्थाले दुष्कृति हो होइन भन्ने कुरा करार भए नभएको कुरामा भर पर्ने हुनाले सो प्रावधान फ्रान्सको सिभिल कोडसँग समेत मिल्दोजुल्दो रहेको छ [152] यसका अतिरिक्त, दुष्कृतिबाट क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने वा अन्य कानूनबाट क्षतिपूर्ति उपलब्ध हुने भन्ने सम्बन्धमा सो संहिताको दफा ६८३ को व्यवस्थालाई पनि हेर्नुपर्ने हुन्छ। सो दफामा सो संहिताबमोजिम दुष्कृतिजन्य दायित्व मानिएका कुरालाई फौज्दारी कसुर मानिएको वा त्यस्तो दायित्वका सम्बन्धमा सो संहिता वा अन्य कानूनमा छुट्टै कानूनी उपचार भएकोमा संहितामा भएको दुष्कृतिजन्य दायित्व नहुने व्यवस्था रहेको छ। यसरी हेर्दा दुष्कृतिजन्य दायित्व देहायका अवस्था नभएमा मात्र सिर्जना हुने देखिन्छ।

क) करार नभएकोमा
ख) दुष्कृतिजन्य दायित्व हुने कुरालाई फौज्दारी कानूनले नसमेटेकोमा
ग) दुष्कृतिजन्य दायित्वका सम्बन्धमा सो संहितामा वा अन्य कानूनमा छुट्टै व्यवस्था नभएको वा छुट्टै कानूनी उपचार नभएकोमा।

यस प्रकार देवानी संहितामा दुष्कृतिको दायित्व करार र अन्य कानूनमा उपचार नभएको अवस्थमा मात्र उत्पन्न हुने हुनाले यसको दायरा सीमित रहेको छ। उदाहरणको लागि अरु व्यक्तिको सम्पत्तिको विगारेमा विगार्ने व्यक्तिले सम्बन्धमा देवानी संहिताले क्षतिपूर्तिको व्यवस्था गरेको र कुटपिटका सम्बन्धमा अपराध संहितामा क्षतिपूर्तिको व्यवस्था भएकोले सम्पत्तिको हानि नोकसानी वा कुटपिटको दुष्कृतिको उपचार देवानी संहिता वा अपराध संहिताबमोजिम खोज्नुपर्छ। त्यसैगरी संहिताबमोजिम दुष्कृति मानिने कामका सम्बन्धमा संहिताले नै व्यवस्था गरेको छ भने सोही प्राबधानबमोजिमको उपचार खोज्नुपर्छ। उदाहरणको लागि त्रुटिपूर्ण उत्पादनको दायित्व। त्रुटिपूर्ण उत्पादनका सम्बन्धमा संहिताले छुट्टै व्यवस्था गरेको छ। यसैगरी संहिता सामान्य कानून भएकोले त्रुटिपूर्ण उत्पादनका सम्बन्धमा अरु विशेष कानून छ भने त्यस्तो कानून हेर्नुपर्छ। उदाहरणको लागि उपभोक्ता संरक्षण ऐन।

यस प्रकार संहिताको दुष्कृतिसम्बन्धी प्रावधान दुष्कृतिजन्य कार्यलाई समेटिएर कानून नबनेको अवस्थामा लागू हुने देखिन्छ। तसर्थ छुट्टै कानून बनाएर दुष्कृतिजन्य दायित्व बहन गराउन सकिन्छ। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दुष्कृतिजन्य दायित्व संहितामा समेटिएको नसमेटिएको तर्फ हेर्दा देवानी संहिताको दफा ८, ६७२ र ६८३ लाई एकिकृत रुपमा हेरिनु पर्छ। दफा ८ ले सैद्धान्तिक रुपमै कसैको गल्तीबाट अरुलाई हानि नोकसानी पुगेमा गल्ती गर्नेले सोबापत क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने सिद्धान्तलाई अङ्गीकार गरेकोले

---

[151] जर्मन सिभिल कोड, दफा ८२३, हेर्नुहोस् www.gesetze-im-internet.de.

[152] जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ३९।

संहिताको अन्य प्रावधान सो सिद्धान्तका अधीनमा रही कार्यान्वयन र व्याख्या गर्नुपर्ने देखिन्छ। उक्त सिद्धान्तमा एक व्यक्तिले गल्ती गरेबाट अर्कोलाई हानि नोकसानी भएमा क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने भनिएबाट यसमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी पर्ने नै देखिन्छ। यसका अतिरिक्त, सो दफामा रहेको 'अरु" भन्ने शब्दले विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीका सन्दर्भमा क कसलाई समेट्दछ भन्ने कुराको व्याख्याको आवश्यकता देखिन्छ। अर्थात् सम्पत्तिमा क्षति भएकोमा सम्पत्ति धनीलाई मात्र जनाँउछ वा सम्पत्ति भाडामा लिएको व्यक्तिलाई सो सम्पत्ति प्रयोग गर्न नपाएको व्यक्तिलाई पनि जनाँउछ। क्यानडाको क्युवेक प्रान्तको *Regent Taxi* [153] को मुद्दामा क्युवेक प्रान्तको सिभिल कोडमा रहेको "अर्को" व्यक्ति भन्नाले प्रतिवादीको गल्तीको प्रत्यक्ष परिणामस्वरुप विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीलगायत सबै प्रकारका हानि नोकसानी व्यहोर्ने सबै व्यक्ति समेटिने भनी भएको ब्याख्यालाई विचार गर्ने हो भने देवानी संहिताको सो दफामा रहेको "अरु" शब्दले सम्पत्ति भाडामा लिएको व्यक्तिलाई सो सम्पत्ति प्रयोग गर्न नपाएको व्यक्तिलाई भएको आर्थिक हानि नोकसानीलाई जनाँउछ र यस आधारमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीलाई संहिताले समेटेको देखिन्छ। तर, यो प्रावधान सैद्धान्तिक भएकोले यो प्राबधान संहिताका अन्य प्रावधानको व्याख्या गर्दा प्रयोग हुन सक्छ। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी उपलब्ध हुने नहुने भन्ने कुरा दफा ६७२ र ६८३ को व्याख्या गर्नुपर्ने हुन्छ। अन्य कानूनले दुष्कृतिजन्य कार्यलाई नसमेटिएको अवस्थामा दफा ६७२ लागू हुने हो। दफा ६७२ पनि मर्का पर्ने पक्षहरुबीच मर्का परेको विषयमा करार नभएको अवस्थामा मात्र लागू हुने हो। करार नभएको अवस्थामा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी उपलब्ध हुने नहुने भन्ने कुरा सो दफामा रहेका जिउ ज्यान वा सम्पत्ति वा कानूनबमोजिम संरक्षित हक वा हितको व्याख्यामा भर पर्छ। जर्मनीमा रहेको यस्तै प्रावधानमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी नपर्ने भन्ने व्याख्या भएको छ।[154] सम्पत्ति शब्दको कानून व्याख्या ऐन २०१० को परिभाषा वा देवानी संहितामा रहेको परिभाषा[155] मा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी पर्ने देखिँदैन। तसर्थ कानूनबमोजिम संरक्षित हक हितको व्याख्या गर्नुपर्ने हुन्छ। कानूनबमोजिम संरक्षित हक हितको परिभाषा संहितामा रहेको छैन। हक हित भन्नाले व्यक्तिका चाहना वा इच्छा हुन र कानूनबमोजिम संरक्षित हक हित भन्नाले संसदद्वारा बनाइएको कानूनबाट अदालतबाट मान्यता प्राप्त संरक्षित त्यस्ता इच्छा वा चाहना हुन्। उदाहरणको लागि वेलायतको प्रोटेक्सन फ्रम ह्यारासमेन्ट एक्ट १९९७। यस कानूनले एक व्यक्तिले अर्को व्यक्तिलाई दूर्व्यबहार गर्न निषेध गरेको छ। कानूनबाट संरक्षित हक हितको धारणा कमन लमा रहेको दुष्कृतिसम्बन्धी अभ्यासलाई सिभिल लको हाराहारीमा ल्याउन दुष्कृतिलाई सैद्धान्तिक आधार दिनको लागि बेलायती विचारकहरुले विकसित गरेका धारणा मानिन्छ। कमन लमा दुष्कृतिको विकास सिभिल लमा जस्तो विद्वानहरुले दुष्कृतिलाई सामान्यरुपमा समेटने गरी अभिव्यक्त गरेका सैद्धान्तिक विचार वा धारणामा आधारित नभइ मुद्दा मामिलामा क्रमश: व्यावहारिक रुपमा स्वीकार गरी विकसित भएको विषय हो। बेलायतमा सुरुसुरुमा कुनै कार्यका सम्बन्धमा मर्का परेको व्यक्तिले राजाको कमन कोर्टमा मुद्दा दिने माध्यम "फर्मस अफ एक्सन" थियो। मुद्दा गर्ने मानिसले

[153] *Regent Taxi & Transport Co. v. La Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] SCR 650.

[154] पाद टिपपणी नं ८९ पृष्ठ।

[155] देवानी संहिता, २०७४, दफा २५१।

चान्सरीबाट फर्म अफ एक्सन खरिद गर्नु पर्थ्यो। यसबाट मुद्दा गर्ने अनुमति (रिट) प्राप्त हुन्थ्यो। यो रिट हाम्रो फिरादपत्र र म्याद वा समाह्वान जस्तै थियोः मर्का परेको कुरा र प्रतिवादीलाई अदालतमा उपस्थित हुन आउने सूचना। त्यस्ता रिट सीमित थिए। रिट विना उपचार पाइँदैनथ्यो। रिटबाट नै मुद्दाको कारबाही सुरु हुन्थ्यो। यस्तै रिटमध्ये एक रिट "रिट अफ ट्रेसपास" थियो। यो रिट कुनै व्यक्ति, जमिन वा चौपायालाई प्रत्यक्ष रुपमा र बल प्रयोग गरी हानि नोकसानी पुऱ्याउने जस्ता गल्तीविरुद्ध प्राप्त हुने उपचार थियो। प्रत्यक्ष रुपमा र वल वा हातहतियार प्रयोग गरी नहुने तर कुनै कार्यको परिणामस्वरुप उत्पन्न हुने हानि नोकसानीको उपचार नपाइने विषयलाई सम्बोधन गर्नको लागि अलि पछि "एक्सन अफ ट्रेसपास अन द केस" प्रचलनमा आयो। रिट अफ ट्रेसपास अर्थात् अरु व्यक्तिको शरीर तथा सम्पत्तिमा प्रत्यक्ष र बल प्रयोग गरी हुने हानि नोकसानी भौतिक हस्तक्षेपका लागि थियो भने गाली वेइज्जती, दुराशययुक्त अभियोजन जस्ता प्रत्यक्ष र बलपूर्वक नहुने तर कुनै कार्यको परिणाम स्वरुप उत्पन्न हुने हानि/क्षतिको लागि "एक्सन अफ ट्रेसपास अन द केस" थियो। केशको लागि वास्तविक रुपमा क्षति भएको हुनुपर्थ्यो, क्षति प्रमाणबाट पुष्टि हुनुपर्थ्यो भने ट्रेसपासको लागि वास्तविक क्षति हुनु पर्दैनथ्यो। ट्रेसपास भएसो आफैमा मुद्दा गर्न सकिन्थ्यो। वैयक्तिक स्वतन्त्रता, गोपनीयताको उल्लंघन जस्ता मुद्दाहरु यसका उदाहरण थिए। यसरी विभिन्न फर्म अफ एक्सनबाट मान्यता प्राप्त कुरालाई व्यवस्थित रुपमा प्रस्तुत गर्नका लागि व्ल्याकस्टोनको समयदेखि कमन ल का ग्रन्थ लेखकहरुले वर्तमान समयमा कमन लमा टर्ट भनिने कुरालाई सिभिल ल को ढाँचामा ढाल्न थालेका हुन्। उनीहरुले कसैले अरु व्यक्तिको अधिकार वा कानूनद्वारा संरक्षित हित उल्लंघन गरी हानि पुऱ्याएमा त्यस्तो व्यक्तिले निजसँग क्षतिपूर्ति भराई लिन पाउँछन् भन्ने कुरालाई आत्मसात गरे। ग्रन्थ लेखकहरुले फर्म अफ एक्सनलाई कानूनबाट संरक्षित अधिकार वाहितको रुपमा पहिचान गरे। उदाहरणको लागि व्यक्तिगत सम्पत्तिलाई संरक्षण गर्ने एक्सन, जग्गाजमिनलाई संरक्षण गर्ने एक्सन, वैयक्तिक सुरक्षालाई धम्की दिए “एसल्ट” र वास्तविक क्षति पुऱ्याए व्याटरीबाट संवोधन गरियो। यसरी व्यक्तिको जिउ ज्यान, सम्पत्तिलाई व्यक्तिको हित मानियो। मूल रुपमा व्यक्तिको शरीर सम्पत्ति र प्रतिष्ठालाई प्रमुख हित माने र सोलाई हानि नोकसानी पुऱ्याउनबाट संरक्षण गर्नको लागि विभिन्न दुष्कृतिहरु विकसित भएको माने। उदाहरणको लागि जिउ ज्यानमा हानि नोकसानी हुनबाट संरक्षण गर्नको लागि एसल्ट र व्याटरी र जग्गा जमीनको संरक्षणको लागि ट्रेसपास भनियो र प्रतिष्ठा संरक्षणको लागि लायवल र स्लेन्डर भनियो। जिउ ज्यान, जग्गा जमिन र प्रतिष्ठालाई यी दुष्कृतिले नसमेटेको अवस्थामा सोलाई संरक्षण गर्नको लागि अदालतले नयाँ दुष्कृति सिर्जना गर्यो। उदाहरणको लागि शरीरमा बल नै प्रयोग नगरी भौतिक रुपमा भएको हानि नोकसानी। यसको उदाहरणको रुपमा कुनै महिलालाई निजको पतिलाई चोटपटक लागि घाइते भएको भनी झुठा कुरा भनेको कारणबाट महिला भूँइमा लडी चोटपटक लागेकोलाई समेटने दुष्कृति। संयुक्त राज्य अमेरिकामा यस्ता विषयलाई समेटन “इन्टेसनल इन्फ्लिक्सन अफ इमोसनल डिस्ट्रेस” भन्ने नयाँ दुष्कृति सिर्जना गरियो। यसै गरी अनधिकृत प्रवेश (ट्रेसपास) को दुष्कृतिले सम्पत्ति संरक्षण गर्ने भए तापनि सम्पत्तिमा प्रवेशै नगरी व्यक्तिको तस्बिर बाहिरबाट नै कुनै माध्यमबाट लिएमा “इन्ट्रुजन इन्टु सेक्लुजन” को दुष्कृति र गाली बेइज्जतीको दुष्कृति हुनको लागि अरुको दृष्टिमा हेय वा घृणाभाव पैदा गर्नुपर्ने र सही कुरा भनेकोमा दुष्कृति नहुने अवस्थामा सही कुरा प्रकट गरेकोलाई समेट्नको

लागि "डिस्क्लजर अफ इम्ब्यारासिङ्ग प्राइभेट फ्याक्टस" नामक दुष्कृति सिर्जना गरिएको छ। यस प्रकार कमन ल प्रणालीमा हक हित भन्नाले संसदले बनाएको कानून र सो नभएको अवस्थामा अदालतले नयाँ दुष्कृतिलाई सिर्जना गरी संरक्षण गरेका व्यक्तिका इच्छा वा चाहना वा आवश्यकताहरु रहेका छन्। बेलायतमा हाल कानूनी रुपमा संरक्षण प्राप्त हितहरु देहायबमोजिम रहेका छन्।

क) वैयक्तिक सुरक्षा,

ख) सम्पत्तिमा निहित हित,

ग) आर्थिक हित,

घ) प्रतिष्ठा तथा गोपनीयतासम्बन्धी हित।

यस कुरालाई विचार गर्दा देवानी संहिताको दफा ६७२ मा रहेको कानुनबमोजिम संरक्षित हक हित भन्नाले मूलत संसदले कानून बनाइ प्रदान गरेको वा मान्यता दिएको हक वा व्यक्तिका चाहना वा इच्छालाई मान्न सकिन्छ। कमन ल प्रणालीमा जस्तो अदालतको निर्णयबाट नयाँ दुष्कृति सिर्जना गरी संरक्षण गरेका व्यक्तिका चाहना र इच्छा पर्ने नपर्ने भन्ने सम्बन्धमा व्यापक अर्थमा सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित नजीरलाई कानून मान्नु पर्ने भए तापनि दफा ६७२ मा प्रयुक्त कानून के हो भन्ने कुरा कानून व्याख्या ऐन २०१० लाई हेर्नुपर्छ। स्पष्ट रुपमा कानून भनिएकोले कमन ल प्रणालीमा जस्तो अदालतले नयाँ दुष्कति सिर्जना गर्ने आधार देखिँदैन। यसका अतिरिक्त कमन ल प्रणालीमा हेलचेक्याइँको दुष्कृतिलाई नै हित संरक्षण गर्ने माध्यम मानिएको तर मुलुकी देवानी संहितामा भने हेलचेत्र्याइँ व्यक्तिको मानसिक अवस्था मात्र रहेकोले अदालत आफैले दुष्कृति सिर्जना गर्न सक्ने देखिँदैन।

कानूनबमोजिम संरक्षित हक हितमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी पर्ने नपर्ने तर्फ हेर्दा संसदले कानून बनाइ विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानी भएको अवस्थामा क्षतिपूर्ति प्राप्त हुने भनी निर्दिष्ट गरेको अवस्थामा प्राप्त हुने देखिन्छ। देवानी संहितामा जर्मन देवानी संहिताको दफा ८२६ मा रहेको सार्वजनिक नीतिको विपरीत हुने गरी कसैले कसैलाई नियतपूर्वक हानि नोकसानी पुऱ्याएमा क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने प्रावधान रहेको छैन। तथापि मुलुकी देवानी संहिताको दफा ८ मा रहेको प्रावधानबाट भने एकले गरेको गल्तीबाट अरुलाई हानि नोकसानी भएको अवस्थामा क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्ने व्यवस्था र दफा १४ मा रहेको देवानी दायित्वबाट छूटकारा नपाउने भन्ने प्रावधानबाट र देवानी कार्यविधि संहिताको दफा १२ मा रहेको "न्यायाधीशले कानून अपर्याप्त वा अस्पष्ट भएको अवस्थामा कानून र न्यायका मान्य सिद्धान्तका आधारमा निर्णय गर्नुपर्ने" भन्ने व्यवस्थाबाट विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दावीलाई स्वीकार गर्नको लागि सर्वोच्च अदालतको नजिर पर्खी वस्नुपर्ने देखिँदैन। तसर्थ देवानी संहिता र देवानी कार्यविधि संहिताको उक्त प्रावधानलाई विचार गर्दा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीको दावीलाई कानूनत मान्यता प्राप्त हुने देखिन्छ।

विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापत क्षतिपूर्ति प्राप्त हुन सो हानि नोकसानी के कुन आधारमा हुनुपर्छ भन्ने प्रश्न पनि रहेको छ। देवानी संहिताको दफा ६७२ मा दुष्कृतिजन्य दायित्व सिर्जना हुनको लागि त्रुटि, हेलचेत्र्याइँ वा लापरबाहीबाट कुनै काम वा अकर्मण्यता भएको हुनुपर्छ। त्रुटिको अर्थ संहितामा रहेको

छैन। यसले अङ्ग्रेजी भाषाको फाउल्टलाई जनाउन खोजेको देखिन्छ। किनभने उक्त दफामा रहेको प्रावधान फिलिपिन्सको देवानी संहिताबाट प्रभावित भएको देखिन्छ र फिलिपिन्सको देवानी संहिताको दफा २१७६ मा फाउल्ट शब्द प्रयोग भएको छ। महाद्विपीय कानूनी प्रणाली अवलम्वन गरेको फ्रान्सको सिभिल कोडमा फाउल्ट भन्ने शब्द रहेको छ भने जर्मन सिभिल कोडमा फाउल्ट नभनी नियतपूर्वक वा हेलचेत्र्याइँपूर्वक भनिएको छ। यसै गरी क्युवेकको सिभिल कोडको धारा १४५७ मा विवेक भएको मानिसले विवेकअनुसार काम गर्न नसकी अरुलाई हानि नोकसानी पुऱ्याएमा त्यसलाई त्रुटि मानिएको छ। त्रुटिले मानिसले कुनै काम गर्दा खेरीको व्यक्तिको मानसिक अवस्थालाई जनाउँछ। त्रुटिलाई परिभाषा गर्दा कसैले गरेको काम नैतिक रुपमा खराव छ वा अनुचित छ वा आक्षेपयुक्त छ भन्ने कुरा दर्शाउँछ र कसैले त्यस्तो आक्षेपयुक्त वा लान्छनायुक्त कार्य गरी कसैलाई हानि नोकसानी पुऱ्याएमा निजले हानि नोकसानी पुगेको व्यक्तिलाई क्षतिपूर्ति तिर्नुपर्छ भनिएको छ। कमन ल प्रणाली अबलम्बन गरिएका मुलुकहरुमा फाउल्टले दुराशय (म्यालिस), नियत (नियत) र हेलचेत्र्याइँलाई जनाउँछ पनि भनिएको छ।[156] दुष्कृतिमा फाउल्टको अवधारणा महाद्विपीय कानूनी प्रणालीमा विद्वान विचारकको धारणाबाट र कमन ल प्रणालीमा उन्नाइसौं शताब्दीमा अदालतबाट नीतिगत रुपमा विकसित भएको थियो। महाद्विपीय कानूनी प्रणालीको आधारशीलाको रुपमा रहेका विद्वान ग्रोटियसले दुष्कृतिलाई गल्ती र मानिसले सामान्यतया वा विशेष कारणवश गर्नुपर्ने काम विपरीत हुने हरेक त्रुटि गल्ती हुन् भनेका छन्।[157] यस प्रकार त्रुटिलाई नै दुष्कृतिको आधार मानिएको छ। बेलायतमा उन्नाइसौं शताब्दीमा कसैलाई हानि नोकसानी भएमा क्षतिपूर्तिको लागि विमाको प्रचलन अत्यन्त रुपमा सीमित भएको[158] र सोको क्षतिपूर्ति प्रतिवादीले व्यक्तिगत रुपमा तिर्नुपर्ने थियो। तत्कालमा भरखरै विकसित हुन लागेका उद्योगधन्दालाई संरक्षण गर्नको लागि अदालतले उद्योगधन्दाको विरुद्ध दावी गर्नको लागि त्रुटि प्रमाणित गर्नुपर्ने दुष्कृतिको विकास गर्‍यो। त्रुटिको पक्षमा रहेको आर्थिक तर्कलाई दोषमा आधारित दायित्वले मानिसलाई असामाजिक आचरण गर्न हतोत्साहन गर्छ भन्ने नैतिक र सामाजिक तर्कलाई समर्थन गरेको थियो र खराव आरचण भएका मानिसले सोको मूल्य चुकाउनु पर्छ भन्ने कुरा सही थियो भन्ने धारणा रहेको थियो।[159] तर उन्नाइसौ शताब्दीको अन्त्यतिर भएको राजनीतिक परिवर्तनलाई आत्मसाथ गर्दै त्रुटिले नैतिक तत्वरहित बाह्य वा वस्तुगत मानक वा विवेकशील मानिसको मानकलाई जनाउँछ भनिएको छ।[160] दुष्कृतिजन्य दायित्वको क्षतिपूर्ति वीमाबाट हुने भएपछि त्रुटिमा रहेको नैतिक आक्षेपको अंश कम रहेको र बर्तमान समयमा मानसिक अवस्थाभन्दा पनि न्यायिक रुपमा स्थापित आचरणको मानक भएको छ।[161] यसलाई साधारण समझ भएको मानिसले गर्नेपर्ने भनी अपेक्षा गरिएको आचरणभन्दा तलको स्तरको आचरणलाई मानिन्छ। यसप्रकार त्रुटिले प्रारम्भमा नैतिक

---

[156] जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ९।

[157] जेमस गोर्डले, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ १६२।

[158] जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ९।

[159] ऐजन।

[160] मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ १५।

[161] ऐजन।

दोषयुक्त खराव कार्यलाई जनाउने गरेकोमा बर्तमान समयमा विवेकशील मानिसले गर्ने वस्तुगत आचरणको मानकलाई जनाउने देखिन्छ।

देवानी संहितामा त्रुटि, हेलचेक्र्याइँ र लापरबाहीलाई राखिएका छन्। हेलचेक्र्याइँ र लापरबाहीलाई व्यक्तिले गर्ने कार्यको मानसिक अवस्थालाई जनाउँछन्। माथि उल्लिखित कुरालाई आधार लिँदा हेलचेक्र्याइँलाई विवेकशील मानिसले गर्ने आचरणको रुपमा लिन सकिन्छ र लापरबाहीले सोभन्दा गम्भीर खालको मानसिक अवस्थालाई जनाउँछ। दुष्कृतिजन्य दायित्वका आधार मूलतः नियतपूर्पवक र हेलचेक्र्याइँ हुने हुनाले संहितामा रहेको त्रुटिलाई नियतपूर्वक गरेको कार्यको अर्थमा लिन उपयुक्त हुने देखिन्छ।

यस प्रकार संहिताको प्रावधानबमोजिम नियतपूर्वक र हेलचेक्र्याइँपूर्वक दुवै रुपमा गरेको हानि नोकसानीबाट भएको विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीलाई समेटने देखिन्छ।

हितमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व हुने आधार के हुने भन्नेतर्फ हेर्दा देवानी संहितामा रहेका विभिन्न प्रावधानहरुबाट नेपालको देवानी कानून महाद्विपीय कानूनी प्रणालीतिर विकसित हुँदै गएको छ। तसर्थ दुष्कृतिको दायित्व निर्धारण गर्ने आधारहरु पनि महाद्विपीय कानूनी प्रणालीमा अवलम्वन गरिएका आधारहरुलाई नै लिनु उपयुक्त देखिन्छ। यो के कारणले पनि उपयुक्त हुन्छ भने कमन ल प्रणाली अवलम्बन गरिएका मुलुकहरुमा दुष्कृतिको दायित्व सिर्जना हुने सम्बन्धमा ठोस आधारहरु विकसित भइसकेका छैनन। कमन ल प्रणालीमा नियतपूर्वक हुने दुष्कृतिको दायित्वका सम्बन्धमा कुनै कठिनाइ नभए पनि हेलचेक्र्याइका आधारमा हुने दुष्कृतिका आधार भने परिवर्तित हुँदै आएका छन् र स्पष्ट रुपमा स्थापित भइसकेका छैनन। विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व पनि हेलचेक्र्याइँका आधारमा नै हुने नहुने निर्णय भएका छन्। यस आधारमा हेर्दा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व हुने नहुने कुरा वादीप्रति प्रतिवादीको होसियार वा सावधान हुनुपर्ने कर्तव्य रहेको हुनुपर्ने र प्रतिवादीले सो कर्तव्य उल्लंघन गरेको र सोबाट वादीलाई हानि नोकसानी हुनुपर्ने भनिन्छ।[162] सम्पत्तिमा क्षति भएको दुष्कृतिका सम्बन्धमा यस्तो कर्तव्य क्षति भएको सम्पत्तिका सम्बन्धमा सर्वव्यापी रुपमा हक हुने व्यक्तिप्रति मात्र हुने हुनाले यस्तो सम्पत्ति करारको माध्यमबाट प्रयोग गर्ने व्यक्तिलाई हेलचेक्र्याइँका नियमबाट त्यस्तो सम्पत्तिमा संरक्षण प्राप्त हुँदैन भन्ने रहेको छ।[163] यस्तो कर्तव्य हुने नहुने भन्ने आधारहरु कमन ल प्रणालीमा अद्यापि निश्चित भइसकेका छैनन्। सावधान हुनुपर्ने कर्तव्य हुनका लागि क्षतिको पूर्वानुमान हुनुपर्ने, वादी प्रतिवादीबीच निकटता हुनुपर्ने कर्तव्य निर्धारण गर्नु स्वच्छ, उचित र मनासिव हुने नहुने र नीतिगत कुरा हुन भनिएको छ र अद्यापि पनि यी आधारहरु निश्चित भइसकेका छैनन्।[164] नेपालमा देवानी संहितामा नै स्पष्ट रुपमा दुष्कृतिको परिभाषा गरेको र करार नभएको र अन्य कानूनमा उपचार नभएको अवस्थामा मात्र संहिताको दुष्कृतिजन्य प्रावधान आकर्षित हुने हुनाले कमन ल प्रणालीमा जस्तो

162 हर्वट ब्रेन्सटिन, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ११३।

163 ऐजन।

164 जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ४८।

होसियार वा सावधान हुनुपर्ने कर्तव्य रहेको देखिँदैन। किनकि कमन ल प्रणालीमा हेलचेत्र्याइँलाई नै दुष्कृतिको एक महत्त्वपूर्ण रुप मानिन्छ। यसका अतिरिक्त, कमन ल प्रणालीमा हेलचेत्र्याइँजन्य दुष्कृतिमा नै सवैभन्दा जटिलता रहेकोले र क्रमिक रुपमा विभिन्न विषयमा दुष्कृति विकास भएकोले कमन ल प्रणालीको होसियार वा सावधान हुनुपर्ने कर्तव्य देवानी संहिताको दुष्कृति र आर्थिक हानि नोकसानीको दायित्व निर्धारण गर्ने आधार हुने देखिँदैन। देवानी संहितामा हेलचेत्र्याइँ छुट्टै दुष्किति नभइ दुष्कृतिजन्य कार्य हो होइन भनी निर्धारण हुन सक्ने व्यक्तिको आचरणको स्तर मात्र हुने देखिन्छ। तसर्थ देवानी संहितामा आर्थिक हानि नोकसानीको दुष्कृतिको दायित्व निर्धारणको आधार महाद्विपीय कानूनी प्रणालीका अदालतले खासगरी फ्रान्सको अदालतले अवलम्बन गरेका आधारहरुलाई लिन उपयुक्त देखिन्छ। ती आधारहरु हुन्।[165]

क) त्रुटि,

ख) कारक (कजेसन) र

ग) क्षति।

यसका अतिरिक्त क्षति प्रतिवादीको कार्यबाट प्रत्यक्ष रुपमा र निश्चित रुपमा हानि नोकसानी भएको हो होइन भन्ने हेरिन्छ। कमन ल प्रणालीमा हानि नोकसानीको दायित्वलाई नियन्त्रण गर्नको लागि हेलचेत्र्याइँको अवधारणा रहेको छ। हेलचेत्र्याइँबाट दायित्व सिर्जना हुनको लागि विभिन्न आधारहरु पूरा गरेको हुनुपर्छ। यसको मुख्य आधार भनेको वादीप्रति प्रतिवादीको होसियार वा सावधान हुनुपर्ने कर्तव्य हुनुपर्छ भन्ने हो। यस्तो कर्तव्य रहे नरहेको भन्ने आधारहरु अझै पनि विकसित हुँदैछन्।[166] तसर्थ फ्रान्सकै जस्तो प्रावधान रहेको देवानी संहिताको दुष्कृतिको आधार त्रुटि, कारक (कजेसन) र क्षति हुनुपर्छ। अर्थात् कुनै व्यक्तिले कुनै कार्य गर्दा त्रुटि गरे नगरेको र दावी गरिएको क्षति हुनमा सो त्रुटि कारक भए नभएको हेरिनुपर्छ। सोको लागि क्षति कसैको त्रुटिको कारणबाट प्रत्यक्ष रुपमा भएको हो होइन भन्ने हेर्नुपर्छ। प्रत्यक्ष रुपमा हानि नोकसानी भएको हो होइन भन्ने कुरा कुनै प्रथम त्रुटिबाट हानि नोकसानी भएको हो होइन भन्ने हेरिनुपर्छ। अर्थात्, हानि नोकसानीको श्रोत त्रुटि आफै हो वा सो त्रुटिबाट भएको अन्य क्षति हो भन्ने हो। कुनै क्षतिबाट भएको अर्को क्षति वा दोश्रो स्तरको क्षति वा एक क्षतिबाट हुने अर्को क्षति (रिपरक्युसिभ) लाई प्रत्यक्ष क्षति मानिएको छैन।[167]

वास्तवमा विशुद्ध आर्थिक हानि नोकसानीबापतको दायित्व जहाँ स्वीकार गरिएको छ त्यहाँ पनि अत्यन्त कम संख्याका मुद्दामा क्षतिपूर्ति दिइएको छ भने जँहा स्वीकार गरिएको छैन त्यँहा पनि अपवादको रुपमा क्षतिपूर्ति उपलब्ध भएको छ। यो दायित्वको प्रकृतिले नै यसलाई व्यापक रुपमा स्वीकार गर्न सकिने अवस्था नहुने हुनाले नेपालमा पनि यसलाई सीमित रुपमा दायित्व बहन गराउन उपयुक्त हुने दखिन्छ।

---

165 मार्क लुने र केन ओलिफान्ट, पूर्वपाद टिप्पणी, १, पृष्ठ ४२८।

166 जोन कुक, पूर्वपाद टिप्पणी, २, पृष्ठ ६३।

167 *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co..*, Canadian Supreme Court Judgment, [1992] 1 SCR 1021.

सार्वजनिक र निजी प्रकृतिको उपद्रव

उमेश कोइराला*

१. अवधारणा

उपद्रवलाई अंग्रेजीमा "Nuisance" भनिन्छ, जसको उत्पत्ति फ्रेञ्च शब्द "Nuire" बाट भएको मानिन्छ। जसको अर्थ अरुलाई चोट पुऱ्याउनु वा दुख कष्ट दिनु भन्ने हुन्छ। सामान्य अर्थमा भन्नु पर्दा उपद्रव त्यस्तो गलत कार्य हो, जहाँ एउटा व्यक्तिले आफ्नो सम्पत्तिको उपयोग गर्दा अरु व्यक्ति वा समाजलाई हानि पुग्न जान्छ। व्यक्तिले आफ्नो सम्पत्तिको उपयोग गर्न पाउँछ, तर त्यसरी उपयोग गर्दा अरुलाई समस्या उत्पन्न हुनु हुँदैन भन्ने मान्यतामा आधारित भएर यससम्बन्धी अवधारणाको विकास भएको देखिन्छ।

नेपाली समाजमा बोलिचालीको भाषामा उपद्रव गर्ने व्यक्तिलाई उपद्र्याहाको संज्ञा दिइन्छ। बृहत् नेपाली शब्दकोषमा पनि उपद्रवको अर्थ बिज्याईं, उत्पात्, आकस्मिक आपत्ति, संकट, उपद्रो भनी उल्लेख गरिएको पाइन्छ। त्यसैगरी उपद्रवीको अर्थ उपद्रव मच्चाउने, बिज्याईं गर्ने, उपद्र्याहा भनी उल्लेख गरिएको छ।[1] उपद्रवजन्य क्रियाले स्वाभावतः अरुका लागि कठिनाई उत्पन्न हुन्छ। त्यस्तो कार्यको औचित्य स्थापित गर्न कठिन हुन्छ र त्यो आफैमा गैरकानूनीसमेत हुन्छ। कसैले पनि आफ्नो सम्पत्तिको प्रयोग त्यस किसिमबाट गर्नु पर्दछ, जसबाट अरुलाई हानि नपुगोस्, कष्ट नहोओस्, एवम् क्षति नपुगोस्। अरुलाई कठिनाई उत्पन्न हुने गरी, हानि पुग्ने गरी, क्षति पुग्ने गरी र सार्वजनिक शान्ति भंग हुने वा आम जनतालाई अहित हुने गरी कसैले पनि आफूलाई क्रियाशील तुल्याउन वा सम्पत्तिको प्रयोग गर्नु हुँदैन। प्रारम्भमा एउटा अलिखित र असंहिकृत कानूनका रुपमा अर्थात् विवादपिच्छेको न्यायिक व्याख्याका आधारमा अघि बढ्दै गएर उपद्रवसम्बन्धी कानूनको विकास हुन पुगेको मानिन्छ। यथार्थमा उपद्रव सामाजिक मर्यादाविरुद्धको कार्य हो र अन्ततः यो कानून उपरको बलमिच्याईं पनि हो भन्नु अत्युक्ति हुँदैन।

२. परिभाषा

उपद्रव शब्दको प्राविधिक परिभाषा नहुँदा यसलाई सामान्य अर्थमा बुझ्नुपर्ने हुन्छ। उपद्रव शब्दले कुनै प्रकारको दुःख, हैरानी वा झन्झट दिने कार्यलाई जनाउँछ। उपद्रव कुनै व्यक्तिले कुनै काम गरेर वा कानूनबोजिम गर्नुपर्ने काम नगरेर हुन्छ। स्टेफेनका अनुसार उपद्रव त्यस्तो कार्य हो, जसमा कसैको जमिन वा आवासमाथि हानि पुऱ्याइन्छ (Nuisance is anything done to the hurt or annoyance of the lands, tenement of another, and not amounting to trespass)।[2]

---

* माननीय जिल्ला न्यायाधीश।

[1] नेपाली बृहत् शब्दकोष (संशोधित र परिवर्धित संस्करण), नेपाल प्रज्ञा प्रतिष्ठान, सातौं संस्करण, २०६७।

[2] SIR J. F. STEPHEN, DIGEST OF THE CRIMINAL LAW (CRIMES AND PUNISHMENT) 120 (4th ed., Macmillan and Co., 1887).

त्यसैगरी साल्मण्डका अनुसार कानूनी औचित्य बेगर कसैको जमीनबाट वा अन्यत्रबाट उसको कब्जामा रहेको भूमिमा हानिकारक सामग्री, जस्तैः पानी, ग्याँस, धुँवा, ध्वनि, कम्पन, विजुली, जीवाणू, किटाणु, जनावर आदिको प्रवेश गराउने कार्य नै उपद्रव हो (The wrong of Nuisance consists in causing or allowing without lawful justification the escape of any deleterious thing from his land or from elsewhere into land in possession of the plaintiff, e.g. water, fumes, smoke, gas, noise, heat, vibration, electricity, disease, germs, animals) ।[3]

ब्ल्याकस्टोनका अनुसार उपद्रव त्यस्तो कार्य हो, जसले हानि पुऱ्याउँछ, असुविधा उत्पन्न गर्दछ र क्षति निम्त्याउँछ (Anything that worketh, hurt, inconvenience, or damage) ।[4]
भारतीय दण्ड संहिताले उपद्रवलाई त्यस्तो कार्यको रूपमा व्याख्या गर्दछ, जसले आम मानिसलाई उसको सम्पत्तिको प्रयोगमा हानि पुऱ्याउने, त्रास वा भय उत्पन्न गर्ने र उत्तेजित पार्ने काम गर्दछ। जसका कारण व्यक्तिको सार्वजनिक अधिकारको प्रयोगमा गम्भीर बाधा उत्पन्न गर्दछ।

३. उपद्रवका प्रकारहरु

उपद्रव आफैमा अनुचित, गैरकानूनी र समाजविरुद्धको क्रिया हो। यस्तो क्रियाले पार्ने प्रभावसमेतका आधारमा उपद्रवलाई सामान्यतः सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रव (Public Nuisance) र निजी प्रकृतिको उपद्रव (Private Nuisance) गरी दुई भागमा वर्गीकरण गरी अध्ययन गर्न सकिन्छ । पछिल्लो समयमा स्टयाच्युटरी उपद्रव (Statutory Nuisance) का रुपमा अर्को विधा पनि जोडिन आइपुगेको छ।

३.१ सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रव (Public Nuisance)

सार्वजनिक शब्दले नै यसको व्यापकतालाई अंगालेको छ। सार्वजनिक उपद्रव त्यस्तो क्रिया हो जसले सामाजिक, सामुदायिक वा सार्वजनिक प्रयोजनका चिज, वस्तु वा सम्पत्तिमा हानि पुऱ्याउने र त्यस्ता चिज वस्तु वा सम्पत्तिको प्रयोगमा अवरोध उत्पन्न गर्दछ। त्यस्तो क्रिया सामाजिक, सामुदायिक वा सार्वजनिक मर्यादाको प्रतिकूल हुने भएकोले सर्वजनिक प्रकृतिको उपद्रवलाई फौजदारी कसुरको रुपमा लिने गरिन्छ। कहिलेकाहीँ सार्वजनिक उपद्रव समूहबाट पनि गरिने हुनाले कतिपय अवस्थामा यस्ता कसुरहरूलाई "समूहबाट हुने कसुरहरू" वा "समूहगत कसुरहरू" (Group Offenses) पनि भनिन्छ। खासगरी सार्वजनिक हित, स्वास्थ्य, सुविधा, शिष्टाचार र नैतिकताविरुद्धका कसुरलाई सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रव मानिन्छ।

सार्वजनिक उपद्रव हुनको लागि त्यस्तो कार्य सार्वजनिक प्रकृतिको हुनुपर्छ। अर्थात् त्यस्तो कार्य गर्ने व्यक्तिको कार्यले छरछिमेक वा सर्वसाधारणलाई हानि, नोकसानी, क्षति वा खतरा पुऱ्याएको हुनुपर्छ। अर्को अर्थमा भन्दा व्यक्तिहरूलाई सामूहिक रूपमा वा समुदायलाई वा वर्गलाई हानि, नोकसानी, क्षति वा खतरा पुगेको वा झन्झट पैदा गरेको हुनुपर्छ। व्यक्तिगत रूपमा पुगेको हानि, नोकसानी वा खतरा सार्वजनिक

---

[3] JOHN WILLIAM SIR SALMOND & R F V HEUSTON, SALMOND ON THE LAW OF TORTS, 52 (16th ed., Sweet & Maxwell, 1973).

[4] Black's Law Dictionary (2nd ed., 1910).

उपद्रव हुँदैन। सर्वसाधारणको स्वास्थ्य, शिष्टता, सुरक्षा वा सुविधालाई गम्भीर रूपमा प्रभावित गर्ने वा सार्वजनिक नैतिकता अवमूल्यन हुने खालको काम सार्वजनिक उपद्रव हुन सक्दछ।

सार्वजनिक उपद्रव सिद्धान्ततः देवानी प्रकृतिको हानि नोकसानी भए तापनि आधुनिक विधिशास्त्रले यसलाई देवानी र फौजदारी दुवै प्रकृतिको दायित्वसम्बन्धी कानूनको रूपमा परिभाषा गरिएको पाइन्छ। यस मान्यताअनुसार कुनै पनि व्यक्ति आफ्नो सम्पत्तिको आफूखुशी प्रयोग गर्न स्वतन्त्र रहन्छ। तर त्यस्तो सम्पत्तिको प्रयोग अर्काको अधिकारमा हानि नोकसानी नहुने गरी गर्नुपर्ने (*Sic tari tuo alienum non lecdus* - enjoy your own property in much a manner as not to injure the right of another) वा सर्वसाधारणको अधिकारलाई हानि नोकसानी नहुने गरी आफ्नो सम्पत्ति भोग चलन गर्नुपर्ने (*Sic uteri tuo utrem publican non laedas* - enjoy your property in much a manner as not to injure the right of the public) भन्ने प्राचीन रोमन मान्यताबमोजिम यो अवधारणाको विकास भएको हो।

सार्वजनिक उपद्रवले समाजलाई वा समाजमा बस्ने बासिन्दालाई प्रभावित गर्दछ। यसले समाजका सदस्यहरूको सार्वजनिक सम्पत्तिमाथिको कानूनी अधिकारलाई असर पार्छ। त्यस्तो कार्य, जसले आम जनताको स्वास्थ्य, सुरक्षा र अमनचयनलाई गम्भीर रुपमा आघात पुऱ्याउँदछ, त्यो नै सार्वजनिक उपद्रव हो। यसको असर स्वाभाविक रुपमा व्यापक हुन्छ। त्यसैले यसलाई दण्डनीयसमेत मानिन्छ र क्षतिको दायित्व (क्षतिपूर्ति) समेत वहन गराइन्छ।

नेपालको कानूनी व्यवस्थालाई आधार बनाएर हेर्दा साविकको केही सार्वजनिक अपराध र सजाय ऐन अन्तर्गतका कसुर र हालको मुलुकी अपराध संहिता अन्तर्गतका सार्वजनिक शान्तिविरुद्धको कसुर, सार्वजनिक हित, स्वास्थ्य, सुरक्षा, सुविधा र नैतिकताविरुद्धका कसुर, आपराधिक प्रवेश तथा आपराधिक उपद्रवसम्बन्धी कसुर, लुटपिटलाई सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रव अन्तर्गत हेर्न सकिन्छ।

३.२ निजी प्रकृतिको उपद्रव (Private Nuisance)

निजी प्रकृतिको उपद्रव त्यस्तो क्रिया हो जहाँ व्यक्तिको साम्पत्तिक अधिकारको उपयोगमा बाधा अड्चन पुऱ्याउने काम हुन्छ।

निजी प्रकृतिको उपद्रवमा व्यक्तिगत सम्पत्ति प्रयोग गर्ने वा त्यस्तो सम्पत्तिको लाभ लिने वा त्यसबाट सन्तुष्टि प्राप्त गर्ने कार्यमा बाधा उत्पन्न गरिन्छ। यस अन्तर्गत आफ्नो सम्पत्तिको प्रयोगका नाममा अरुलाई चोट पुऱ्याउने, हानि पुऱ्याउने, असुविधा उत्पन्न गराउने वा भौतिक रूपमा अर्काको सम्पत्ति नष्ट गरेर वा त्यस्तो सम्पत्तिको अनधिकृत लाभ लिएर सम्पत्तिको वास्तविक स्वामीलाई चोट पुऱ्याउने कार्य गरिन्छ। यस्तो उपद्रवलाई तर्कसंगत र कानूनी मानिँदैन। कानूनको नजरमा अन्यायपूर्ण र एउटा सामान्य समझको मानिसले नगर्ने प्रकृतिको कार्यबाट कुनै व्यक्तिको जमिन वा सम्पत्तिमाथिको अन्य अधिकारको उपयोगमा वाधा उत्पन्न गरिएमा वा भौतिक रुपमा कुनै असुविधा वा अवरोध सिर्जना गरिएमा निजी

प्रकृतिको उपद्रव भएको मानिन्छ। यसरी हेर्दा निजी हानि सम्पत्तिसँग सम्बन्धित पनि हुन सक्दछ र व्यक्तिगत असुविधासँग सम्बन्धित पनि हुन सक्दछ।

निजी प्रकृतिको उपद्रवलाई दुष्कृतिसँग सम्बन्धित मानिन्छ। दुष्कृतिसम्बन्धी कानून देवानी कानूनको महत्त्वपूर्ण पक्ष हो। गल्ती गर्नेले क्षतिपूर्ति व्यहोर्नु पर्दछ भन्ने मान्यतामा दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनको विकास भएको हो। कुनै दायित्व भएको व्यक्तिले आफ्नो दायित्व पूरा नगरेको कारणबाट वा कुनै काम गरेको कारणबाट अर्को व्यक्तिलाई हानि नोकसानी हुन पुगेमा निजी उपद्रवको अवस्था सिर्जना हुन्छ। निजी उपद्रव देवानी गल्तीसँग सम्बन्धित रहेको हुन्छ। यस्तो उपद्रव जानाजानी वा हेलचेक्र्याइँवश वा लापर्बाहीपूर्वक भएको र त्यसबाट अर्को व्यक्तिलाई क्षति पुगेको अवस्था हुनुपर्दछ।

तर नेपालको कानूनी व्यवस्थालाई हेर्दा साविकमा गाली बेइज्जतीको ऐन अन्तर्गतका कसुरहरु र हाल मुलुकी अपराध संहितामा रहेको गाली बेइज्जतीसम्बन्धी कसुरका साथै साविकको मुलुकी ऐनमा रहेको खिचोलासम्बन्धी व्यवस्था र हालको देवानी संहिता अन्तर्गतको खिचोला, अतिक्रमण र दुष्कृतिसम्बन्धी व्यवस्थालाई यस अन्तर्गत राखेर हेर्न सकिन्छ।

३.३ स्टयाच्युटरी उपद्रव (Statutory Nuisance)

स्टयाच्युटरी उपद्रव त्यस्ता विषयवस्तुसँग सम्बन्धित हुन्छ, जसमा कानूनद्वारा अधिकार प्राप्त स्थानीय अधिकारीहरुले आफ्नो कानून प्रदत्त अधिकारको प्रयोग गरी त्यसको व्यवस्थापन गर्दछन्। त्यसरी कानून प्रदत्त अधिकारको प्रभावकारी कार्यान्वयनको अभावबाट सृजित वा राज्य संयन्त्रबाटै अनुमति वा इजाजत प्राप्त गरी कार्य सञ्चालन गरेका संस्थाले उक्त अनुमति वा इजाजतपत्रको आडमा गरेको कार्यबाट सृजित समस्याहरुलाई यस अन्तर्गत राखेर हेर्न सकिने देखिन्छ।

यस अन्तर्गत मूलतः ध्वनि, धुवाँ र दुर्गन्धसँग सम्बन्धित गुनासाहरु आउने गर्दछन्। यस आधारमा हेर्दा स्टयाच्युटरी उपद्रव सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रवकै एक अंग हो जस्तो देखिन्छ।

यस प्रकृतिको उपद्रवसम्बन्धी जाँचबुझ गर्ने, प्रमाण संकलन गर्ने कार्यका लागि तालिम प्राप्त अधिकारीहरु नियुक्त गरिएको हुन्छ। त्यसरी राज्य संयन्त्रलाई नै तोकिएको जिम्मेवारीअनुसार कार्य सम्पादन नगरेको कारणबाट उत्पन्न हुने समस्या र राज्य संयन्त्रबाट प्राप्त अनुमतिका आधारमा कार्य सञ्चालन गर्ने क्रममा सृजित हुने उपद्रवजन्य क्रियाकलापलाई नै स्टयाच्युटरी उपद्रवको संज्ञा दिन सकिन्छ।

बेलायतमा Environment Protection Act, 1990 द्वारा वातावरण संरक्षण सम्बन्धमा गरिएको व्यवस्था, भारतको Environment Protection Act, 1986 द्वारा गरिएको व्यवस्था र नेपालमा वातावरण संरक्षण ऐन, २०५३ तथा हालको वातावरण संरक्षण ऐन, २०७६ द्वारा गरिएको व्यवस्थालाई स्टयाच्युटरी उपद्रव अन्तर्गत राखेर हेर्न सकिन्छ। भारतमा सन् १९८४ को डिसेम्बरमा भएको भोपाल ग्यास विस्फोटको घटनाले उक्त विशेष कानूनको आवश्यकता बोध गराएको र नेपालमा गोदावरी मार्वलसम्बन्धी रिटमा

अदालतद्वारा गरिएको विशेष निर्देशनात्मक आदेशको जगमा वातावरण संरक्षण ऐन तर्जुमा गरिएको यथार्थलाई नकार्न सकिँदैन।

बेलायतको Environment Protection Act, 1990 को भाग ३ मा Statutory Nuisance शीर्षक अन्तर्गत स्टयाच्युटरी उपद्रवको परिभाषा प्रस्तुत गर्दै स्वास्थ्यका लागि हानिकारक मानिने धुवाँ, ग्याँस, धुलो, वाफ, गन्ध र ध्वनि उत्सर्जन हुने स्थानलाई यस अन्तर्गत राखिएको छ।[5] त्यसैगरी आफ्नो क्षेत्राधिकारभित्रको आवधिक निरीक्षण गर्ने, जनताको गुनासो सुनुवाई गर्ने र कसैले उपद्रव गरेको देखिएमा कारबाहीको लागि सूचना दिने गरी स्थानीय अधिकारीको कर्तव्यसमेत तोकिएको छ।

त्यसैगरी भारतको Environment Protection Act, 1986 को भाग ३ मा Prevention, Control and Abatement of Environmental Pollution शीर्षक अन्तर्गत कसैले पनि निर्धारित मापदण्डभन्दा बढी हुने गरी वातावरणीय प्रदुषणयुक्त पदार्थको उत्सर्जन गर्न नपाउने गरी व्यवस्था गरेको छ।[6] त्यस्तो मापदण्डअनुसार भए नभएको निरीक्षण गर्ने, जाँचबुझ गर्ने र ऐन, नियम, आदेश र निर्देशनको उल्लंघन भएमा हुने सजायको व्यवस्थासमेत गरिएको छ।[7] त्यसैगरी कम्पनी र सरकारी निकायले कसुर गरेमा हुने कारबाहीसम्बन्धी व्यवस्थासमेत ऐनमा गरिएको पाइन्छ।[8]

नेपालका सन्दर्भमा वातावरण संरक्षण ऐन, २०७६ ले कानून कार्यान्वयनका सन्दर्भमा वातावरण निरीक्षकको व्यवस्था गरी जिम्मेवारीसमेत तोकिदिएको देखिन्छ। वातावरण संरक्षण ऐन वा उक्त ऐन अन्तर्गत बनेको नियम, निर्देशिका, कार्यविधि तथा मापदण्ड विपरीतका कुनै कार्य गरेमा, ऐन वा ऐन अन्तर्गत बनेको नियम, निर्देशिका वा मापदण्ड विपरीत प्रदुषण गरेको वा जोखिमपूर्ण पदार्थ निष्कासन गरेको वा दुर्घटनाजन्य प्रदुषणका कारणबाट कुनै व्यक्ति, संस्था वा स्थानीय समुदायलाई कुनै हानि नोकसानी पुऱ्याउने कार्य गरेमा कारबाही र सजायको व्यवस्था गरेको छ। ऐनमा उल्लेख भए अनुसार वातावरण निरीक्षकले वातावरणीय अध्ययन प्रतिवेदनअनुसार गर्नुपर्ने कार्य प्रभावकारी रुपले भए नभएको सम्बन्धमा र प्रदूषण नियन्त्रण तथा वातावरण संरक्षणसम्बन्धी मापदण्डको परिपालना भए नभएको सम्बन्धमा अनुगमन तथा निरीक्षण गर्ने[9] अधिकार प्राप्त गरेको देखिन्छ।

३.४ विभिन्न प्रकृतिका उपद्रवका बीचको भिन्नता

सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रव र स्टयाच्युटरी उपद्र वले समाज र राष्ट्रकै हितमा आघात पुऱ्याउन सक्छ भने निजी प्रकृतिको उपद्रवले व्यक्तिको निजी सम्पत्तिको उपभोगमा बाधा उत्पन्न गर्दछ। बृहत्तर सामाजिक

5 Environment Protection Act, 1990, Sec. 79.

6 Environment Protection Act, 1986, Sec. 7.

7 ऐजन, दफा १५।

8 ऐजन, दफा १६ र १७।

9 वातावरण संरक्षण ऐन, २०७६, दफा २१।

जीवन र समुदायको बृहत्तर हितलाई नै उद्वेलित र अपहेलित गर्न सक्ने र सार्वजनिक शान्ति, सुरक्षा र सुव्यवस्थामा खलल पार्न सक्ने भएकाले सार्वजनिक उपद्रव र स्ट्याच्युटरी उपद्रवलाई सार्वजनिक कानूनविरुद्धको कसुर मानिने भएकोले फौजदारी कानूनको दायराभित्र राखेर हेरिन्छ भने निजी प्रकृतिको उपद्रव सामान्यतः व्यक्तिको निजी हक र अधिकारको विरुद्ध हुने भएकोले यस्तो उपद्रवलाई व्यक्तिगत कानूनविरुद्धको कसुर मानिन्छ। त्यसैले निजी प्रकृतिको उपद्रवलाई देवानी गल्तीको रुपमा देवानी कानूनको दायराभित्र राखेर हेरिन्छ। जसलाई दुष्कृतिसम्बन्धी विषयवस्तुका रुपमा समेत हेर्न सकिन्छ। तर निजी प्रकृतिको उपद्रव अन्तर्गतकै भए पनि लुटपिट, गाली बेइज्जती जस्ता कतिपय विषयहरु फौजदारी प्रकृतिका मानिन्छन्।

यदि कुनै कार्य वा अकार्यद्वारा समुदायका सदस्यहरुको अधिकारमा हस्तक्षेप हुन जान्छ भने त्यो नै सार्वजनिक उपद्रव हो। त्यसैगरी कुनै कार्य वा अकार्यद्वारा व्यक्तिको जमिनमाथिको स्वामित्व, प्रयोग, लाभ वा उपयोगितासँग सम्बन्धित हुन्छ भने त्यो निजी उपद्रवको रूपमा रहन्छ (If the rights so interfered with belong to the person as a member of the public, the act or omission is a public nuisance. If these rights relate to the ownership or occupation of land, or some other easement, profit, or other right enjoyed in connection with land, then the acts or omissions amount to a private nuisance)।[10] सार्वजनिक उपद्रवलाई फौजदारी कसुरका रुपमा हेरिन्छ भने निजी प्रकृतिको उपद्रवलाई देवानी गल्ती (civil wrong) का रुपमा हेरिन्छ।

सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रव सार्वजनिक कानूनविरुद्धको कसुर भएकोले सोसम्बन्धी मुद्दा सार्वजनिक सरोकारका रुपमा व्यक्ति विशेषले वा सामुदायिक वा सामाजिक संगठनले वा राज्य संयन्त्रले दायर गर्न सक्दछन्। त्यसैगरी स्ट्याच्युटरी उपद्रवसम्बन्धी मुद्दा पनि सार्वजनिक सरोकारका रुपमा व्यक्ति विशेषले वा सामुदायिक वा सामाजिक संगठनले वा राज्य संयन्त्रले दायर गर्न सक्ने हुन्छ। तर निजी प्रकृतिको उपद्रवसम्बन्धी मुद्दा त्यस्तो उपद्रवबाट प्रभावित व्यक्ति स्वयं वा निजको कानूनबमोजिमको प्रतिनिधिले दायर गर्नुपर्ने हुन्छ। कतिपय अवस्थामा कानूनले तोकेको जिम्मेवारी अन्तर्गत नै निश्चित अधिकारीले काम कारबाहीको अनुगमन, मूल्यांकन र अनुसन्धान गर्ने हुँदा मुद्दा दायर गर्ने अधिकारसमेत राज्य संयन्त्रलाई नै तोकिएको हुन्छ।

४. नेपालको कानूनी व्यवस्था

उपद्रवसम्बन्धी नेपालको कानूनी व्यवस्थालाई हेर्दा संहिताअघिको कानूनी व्यवस्था र संहितापछिको कानूनी व्यवस्था गरी दुई भागमा बाँडेर अध्ययन गरिनु उपयुक्त हुन्छ। २०७५ साल भाद्र १ गतेपछि मात्र संहिता लागू भएको र नेपालको न्यायपालिकाले त्यसअघिको कानूनी व्यवस्थाका आधारमा थुप्रै सिद्धान्तहरु प्रतिपादन गरेको सन्दर्भमा पनि सोहीबमोजिम अध्ययन गरिनु वाञ्छनीय हुने देखिन्छ। नेपालमा संहिता जारी हुनु अघिसम्म दुष्कृतिसम्बन्धी स्पष्ट कानूनी व्यवस्था रहे भएको पाइँदैन। विभिन्न कानूनमा छरिएर

---

[10] *Connolly v. The South of Ireland Asphalt Company*, [1977] IR 99.

रहेका त्यससम्बन्धी कानूनी व्यवस्था र न्यायिक अभ्यासबाट दुष्कृतिसम्बन्धी उपचार प्रदान हुँदै आएको यथार्थलाई भने नकार्न सकिँदैन।

यसअघि विवेचित आधारमा उपद्रवजन्य कार्यका विभिन्न आयामहरु रहेका छन्। त्यसमध्ये निजी प्रकृतिको उपद्रवलाई दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी व्यवस्थाका साथै विषयगत आधारमा अन्य न्यायिक प्रकृया र संयन्त्रबाट समेत उपचार प्रदान गर्न सकिन्छ र त्यसमा व्यक्तिले उपचार माग गरेपछि न्यायिक प्रकृया आरम्भ हुन्छ। सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रवको विषय गम्भीर हुने र यसको प्रभाव र असरसमेत व्यापक हुने भएकोले त्यसको अनुसन्धान राज्य संयन्त्रले गर्दछ र त्यसका आधारमा न्यायिक प्रकृयामा लैजाने भूमिका पनि राज्य संयन्त्रबाटै निर्वहन गरिन्छ। हाम्रो सन्दर्भमा सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रवलाई त्यसको गम्भीरताका आधारमा सार्वजनिक कसुर वा राज्यविरुद्धको कसुरका रुपमा गरी दुई प्रकारले विभाजन गरी हेरिने गरेको पाइन्छ। यसअघि वहाल रहेको केही सार्वजनिक (अपराध र सजाय) ऐन, २०२७ ले केही सार्वजनिक अपराधका रुपमा देहायका कार्यहरुलाई सूचिकृत गरेको पाइन्छ.

- सार्वजनिक स्थानमा कुटपिट वा हुलहुज्जत गरी शान्ति भंग गर्ने,
- सार्वजनिक स्थानमा अश्लील बोली, बचन, इशारा प्रयोग गरी शान्ति भंग गर्ने वा अश्लील प्रदर्शन गर्ने,
- सार्वजनिक स्थानमा अश्लील प्रकाशनहरु प्रदर्शन वा बिक्री वितरण गर्ने,
- सरकारी वा गैरसरकारी कार्यालय वा कसैको घर जग्गाभित्र हुल हुज्जत गरी अनधिकृत प्रवेश गर्ने वा अनधिकृत रुपमा रहने,
- हुल हुज्जत गरी वा ढुंगा मुढा गरी वा अन्य कुनै प्रक्रियाद्वारा सार्वजनिक वा निजी सम्पत्तिमा क्षति पुऱ्याउने,
- सार्वजनिक स्थानमा महिलालाई हातपात गरी बेइज्जत गर्ने, महिलालाई जिस्क्याउने, हैरानी गर्ने वा निजसँग यस्तै अन्य कुनै किसिमको अस्वभाविक व्यवहार गर्ने,
- सार्वजनिक स्थानमा जथाभावी व्यवहार गर्ने,
- कसैलाई हैरानी गर्ने वा सताउने हेतुले कहीँ बसिरहेको अवस्थामा वा बाटोघाटोमा हिँडिरहेको वा कुनै सवारीबाट गइरहेको अवस्थामा कुनै प्रकारले बाधा बिरोध वा छेकथुन गर्ने वा हुल हुज्जत, हातपात, कुटपिट, बिज्याईं वा उपद्र्याईं गर्ने वा त्यस्तो व्यक्तिको साथमा भएको कुनै सम्पत्ति खोसी लिने वा नोक्सान गर्ने वा सवारीको साधनमा नोक्सान पुऱ्याउने।

उक्त ऐनको प्रस्तावनाबाट देशका विभिन्न क्षेत्रहरुमा शान्ति र व्यवस्था कायम राख्न र सर्वसाधारण जनताको सुविधा, सदाचार र नैतिकता कायम राख्ने ऐनको उद्देश्य रहेको थियो। हाल मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ को भाग- २, परिच्छेद- २ मा रहेको सार्वजनिक शान्तिविरुद्धको कसुर, भाग- २, परिच्छेद- ५ मा रहेको सार्वजनिक हित, स्वास्थ्य, सुरक्षा, सुविधा र नैतिकताविरुद्धका कसुर र भाग- २ परिच्छेद- २६ अन्तर्गत आपराधिक प्रवेश तथा आपराधिक उपद्रवसम्बन्धी कसुरभित्र ती विषयहरु समेटिएको पाइन्छ। सोही क्रममा दफा ६५ ले सार्वजनिक शान्ति खलल पार्न नहुने, दफा ६७ ले सार्वजनिक स्थानमा आवागमनमा बाधा गर्न नहुने, दफा १११ ले पानी दुषित पार्न नहुने, दफा ११२ ले वातावरण प्रदूषित गर्न

नहुने, दफा ११३ ले सार्वजनिक बाटो, नदी वा स्थलमा खतरा वा बाधा पुऱ्याउन नहुने, दफा ११५ ले घर निर्माण गर्दा, भत्काउँदा वा मर्मत गर्दा लापरबाही गर्न नहुने, दफा ११६ ले पशुपंक्षी राख्दा लापरबाही गर्न नहुने, दफा ११७ ले पशुपंक्षी छाडा छाड्न नहुने, दफा ११८ ले अभद्र व्यवहार गर्न नहुने, दफा १२२ ले सार्वजनिक स्थानमा यौनाङ्ग देखाउन नहुने, दफा १२४ ले सार्वजनिक उपद्र्याईं गर्न नहुने लगायतका विषयहरु समेटिएको छ। त्यसैगरी दफा २८४ ले अरुको सम्पत्तिमा आपराधिक प्रवेश गर्न गराउन नहुने र दफा २८५ ले कसैले आपराधिक उपद्रव गर्न नहुने व्यवस्था गरिएको हुँदा ती व्यवस्थालाई उपद्रवसम्बन्धी व्यवस्था अन्तर्गत राखेर हेर्न सकिन्छ।

जसअनुसार देहायबमोजिमका कार्यलाई दण्डनीय बनाइएको छः

- कसैले लेखेर, बचनले वा आकार वा चिन्हद्वारा वा अरु कुनै किसिमबाट धर्म, वर्ण, जात जाति सम्प्रदाय वा भाषाको आधारमा नेपालका विभिन्न वर्ग, क्षेत्र वा समुदायका व्यक्तिहरुका बीचको सुसम्बन्धमा खलल पार्ने काम गर्न नहुने।
- कसैले सार्वजनिक सडक, बाटो, रज्जुमार्ग, केबुलकार मार्ग, विमानस्थल, रेल्ले वा जनपरिवहन मार्ग वा हुलाक र कुनै सार्वजनिक सेवाको सञ्चालनमा कुनै किसिमको डर, त्रास, भय देखाई बन्द गर्न वा कुनै किसिमबाट सार्वजनिक सडक,बाटोघाटो, रज्जुमार्ग, केबुलकार मार्ग, विमानस्थल, रेल्वे वा जलपरिवहन मार्ग अबरुद्ध गरी पैदल यात्री, सवारी साधन वा पशुको आवागमनलाई बाधा पुऱ्याउन वा कानूनबमोजिम अधिकार प्राप्त अधिकारीको आदेशले बाहेक सार्वजनिक ठाउँमा कसैलाई प्रवेश गर्न कुनै किसिमले बाधा अवरोध गर्न नहुने।
- सर्वसाधारणले पिउने पानी वा पिउने पानीको मुहानलाई पिउन नहुने गरी दुषित गर्न वा पिउने बाहेक अन्य कुनै काममा प्रयोग हुने पानीलाई त्यस्तो काममा प्रयोग गर्न नहुने गरी दुषित पार्न नहुने।
- वातावरणमा उल्लेखनीय प्रतिकूल प्रभाव पुऱ्याउने गरी फोहरमैलाको उत्पादन, प्रशोधन, प्रसारण, निष्काशन, उत्सर्जन, ओसारपसार गर्न वा थुपार्न नहुने।
- वातावरणमा उल्लेखनीय प्रतिकूल प्रभाव पुऱ्याउने गरी फोहरमैलाको उत्पादन, प्रशोधन, प्रसारण, निष्काशन, उत्सर्जन, ओसारपसार गर्न वा थुपार्न नहुने।
- सर्वसाधारणको स्वास्थ्यमा हानि पुऱ्याउने गरी वा जिउ ज्यानको लागि खतरा हुन सक्ने गरी प्रदुषण गर्न वा कानूनबमोजिम अधिकार प्राप्त अधिकारीको इजाजत विना यान्त्रिक साधनबाट ध्वनि, ताप, रेडियोधर्मी विकिरण वा जोखिमपूर्ण फोहर मैलाको उत्पादन, प्रशोधन, प्रसारण, निष्काशन, उत्सर्जन, ओसारपसार गर्न वा थुपार्न नहुने।
- कुनै काम गरी वा आफ्नो वा आफ्नो नियन्त्रण वा जिम्मामा रहेको सम्पत्तिको स्याहार सम्भार नगरी सार्वजनिक बाटो, नदी वा अन्य कुनै सार्वजनिक स्थलमा कसैलाई कुनै खतरा, बाधा वा अबरोध पुऱ्याउन नहुने।
- घर निर्माण गर्दा, भत्काउँदा वा मर्मत गर्दा त्यस्तो कार्यबाट वा त्यस्तो घर वा त्यसको केही भाग ढली वा खसी कसैको ज्यान जान वा अङ्गभङ्ग हुन सक्ने खतरालाई रोक्न वा टार्न आवश्यक बन्दोबस्त नगरी वा त्यस्तो बन्दोबस्त गर्न लापरबाही गरी घर निर्माण गर्न, भत्काउन वा मर्मत गर्न नहुने।

- आफ्नो वा आफ्नो नियन्त्रण वा जिम्मामा रहेको हिंस्रक वा अन्य कुनै पशुपंक्षी राख्दा वा पाल्दा त्यस्तो कार्यबाट वा त्यस्तो पशुपंक्षीबाट कसैको ज्यान जान सक्ने वा कसैलाई चोट पुग्न सक्ने खतरालाई रोक्न आवश्यक पूर्वसावधानीको बन्दोवस्त नगरी वा लापरबाही गरी त्यस्तो पशुपंक्षी राख्न वा पाल्न नहुने।
- आफ्नो वा आफ्नो नियन्त्रण वा जिम्मा रहेको कुनै पशुपंक्षी अर्काको घर, जग्गामा वा सार्वजनिक बाटो घाटो वा सार्वजनिक स्थलमा छाडा छोड्न हुँदैन।
- सार्वजनिक स्थान वा प्रवेश गर्न कानूनी अधिकार नभएको ठाउँमा प्रवेश गरी कसैलाई अभद्र व्यवहार गर्न वा सार्वजनिक स्थानमा महिला, बालबालिका वा शारीरिक रुपमा अशक्त व्यक्तिलाई हातपात वा हैरानी गर्न वा त्यसको उद्योग गर्न नहुने।
- दश वर्षभन्दा माथिको व्यक्तिले स्वास्थ्य विज्ञान वा चिकित्सासम्बन्धी उपचारको प्रयोजनका लागि बाहेक सार्वजनिक स्थानमा अश्लील कृयाकलाप वा व्यवहार गर्न वा यौनाङ्ग देखाउन वा कसैलाई अश्लिल शब्द बोल्न वा इशारा गर्न नहुने।
- कानूनमा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक कसैले कुनै काम गरी वा कानूनबमोजिम गर्नुपर्ने कुनै काम नगरी छरछिमेक वा सर्वसाधारणलाई कुनै प्रकारको हानि, नोकसानी, क्षति वा खतरा पुऱ्याउन वा झिझ्याहट गर्न नहुने।
- कसैले कुनै कसुर गर्ने वा जुन व्यक्तिको स्वामित्व वा कव्जामा सम्पत्ति रहेको छ, त्यस्तो व्यक्तिलाई डरत्रास देखाउने, अपमान गर्ने वा झिझ्याउने नियतले हुल हुज्जत गरी वा नगरी अनधिकृत रुपमा अर्काको स्वामित्व वा कब्जामा रहेको कुनै सम्पत्तिमा त्यस्तो व्यक्तिको अनुमति नलिई प्रवेश गरेमा वा अनुमति लिई प्रवेश गरेकोमा त्यस्तो कुनै काम गर्ने नियतले सो सम्पत्तिमा बसिरहेमा, ओगटेमा वा सम्पत्ति उपभोग गरी रहेमा निजले आपराधिक प्रवेश गरेको मानिने।
- देहायको कुनै काम गरेमा आपराधिक उपद्रव गरेको मानिने –
    - नेपाल सरकार, प्रदेश सरकार वा स्थानीय तह, नेपाल सरकार, प्रदेश सरकार वा स्थानीय तहको पूर्ण वा अधिकांश स्वामित्व वा नियन्त्रण रहेको सङ्गठित संस्था, सर्वसाधारण वा कुनै व्यक्तिलाई कुनै हानि, नोकसानी वा क्षति पुऱ्याउने नियतले वा त्यस्तो क्षति पुग्न सक्छ भन्ने जानाजानी वा विश्वास गर्नुपर्ने मनासिव कारण भई वा लापरबाही वा हेलचेत्र्याइँ गरी कुनै सरकारी, सार्वजनिक वा निजी सम्पत्ति नाश गरेमा वा त्यसको मूल्य, महत्त्व वा उपयोगिता घट्ने कुनै काम गरेमा,
    - सार्वजनिक वा निजी ढल, निकास, कुलो, पँधेरो, सडक, पुल वा कुनै सञ्चार वा यातायातको साधन इत्यादिको हानि, नोकसानी वा अनुचित क्षति पुऱ्याएमा वा क्षति पुग्ने कुनै काम गरेमा वा सोको उपयोगमा जानाजानी कुनै किसिमले बाधा अवरोध हानि, नोकसानी वा अनुचित क्षति पुऱ्याएमा वा क्षति पुग्ने कुनै काम गरेमा,
    - अधिकार प्राप्त अधिकारीको आदेशले बाहेक सार्वजनिक सुविधाको लागि राखिएको कुनै सङ्केत वा चिह्न नासेमा, हटाएमा, मेटाएमा वा बिगारेमा,

- झुट्टो अफवाह फैलाएर वा अरुलाई धोका हुने कुनै साधनको प्रयोग गरेर अर्काको काम कारोबार वा व्यवसायमा बाधा पुऱ्याएमा वा अर्काको व्यापारको ख्यातिलाई क्षति पुऱ्याएमा,
- अर्काको चिठ्ठी, सूचना, पुलिन्दा वा अन्य कुनै माल लुकाएमा वा बदनियतसाथ ढिलो पुग्ने गराएमा।

साविकमा मुलुकी ऐन, लुटपिटको महल अन्तर्गतको व्यवस्थालाई सम्वोधन गर्ने गरी मुलुकी अपराध संहिताको दफा २८६ मा कसैले आफ्नो हक नपुग्ने वा अन्य कसैको स्वामित्व, जिम्मा वा नियन्त्रणमा रहेको सम्पत्ति चोरी वा ठगी गरेको अवस्थामा बाहेक अरु कुनै किसिमले जबर्जस्ती गरी वा नगरी खोसी, धरपकड वा लछारपछार गरी वा त्यस्तो गर्ने धम्की दिई लैजाने वा हानि, नोकसानी गर्ने नियतले कुनै काम गरेमा लुटपिट गरेको मानिने व्यवस्था गरिएको पाइन्छ।

साविकको गाली बेइज्जतीको ऐन, २०१६ मा गरिएको व्यवस्थालाई मुलुकी अपराध संहितालेसमेत निरन्तरता दिएको छ । संहिताको भाग-३ परिच्छेद-२ अन्तर्गत गाली बेइज्जतीसम्बन्धी कसुरको सन्दर्भमा दफा ३०५ मा कसैले कसैलाई होच्याउने नियतले बोली वा वचनले अपमानजनक शब्द प्रयोग गरेमा गाली गरेको मानिने र दफा ३०६ मा अरुको इज्जतमा धक्का पुऱ्याउने नियतले वा धक्का पुग्न सक्छ भन्ने जानाजानी वा विश्वास गर्ने मनासिब कारण भई लेखेर, आचरण वा आकार वा चिन्ह वा प्रचार प्रसारद्वारा वा अरु कुनै किसिमबाट प्रत्यक्ष वा निजको व्यक्तिगत चरित्र, आचरण, नैतिकता वा ख्यातिलाई होच्याउने गरी चरित्र हत्या गरेमा वा निजको शरीर सामान्यत घृणित अवस्थामा छ भन्ने अरुलाई विश्वास पर्ने गरी दोष लगाएमा वा त्यस्तो दोष लगाएको कुरा प्रचार, प्रसार वा प्रकाशन गरेमा वा कसैको बेइज्जती हुने साधनको रुपमा प्रयोग गरिएमा कुनै चिज जानाजानी बिक्री वा वितरण गरेमा बेइज्जती गरेको मानिने व्यवस्था गरेको छ।

त्यसैगरी मुलुकी अपराध संहिताको दफा २९९ ले कसैले आफ्नो परिचय दिई वा नदिई कसैलाई छल्ने, धोका दिने, हैरानी पार्ने वा सताउने उद्देश्यले छलकपटपूर्ण टेलिफोन वा सन्देश प्रवाह गर्न गराउन नहुने र दफा ३०० ले कसैलाई डर, त्रास वा दुःख वा हैरानी दिने, अपमान वा बेइज्जत गर्ने बदनियतले कुनै चिठ्ठी पत्र, पर्चा वा अन्य कुनै किसिमको लिखत लेखी, लेखाई वा विद्युतीय माध्यमद्वारा धम्की दिने, सताउने, जिस्क्याउने वा अन्य कुनै किसिमले अनुचित व्यवहार गर्न वा गराउन नहुने व्यवस्था गरिएको छ। त्यसैगरी दफा ३०२ ले कसैले अरुको घरमा सम्बन्धित घर धनीको स्वीकृति बिना अनधिकृत रुपमा प्रवेश गर्न, घर धनी वा निजको परिवारको गोप्यता भंग गर्न वा त्यस्तो घरको खानतलासी गर्न वा गराउन हुँदैन भनी रोक लगाइएको छ।

माथि उल्लिखित कार्यलाई कसुरजन्य कार्यका रुपमा लिई कसुरको गम्भीरतासमेतका आधारमा केही कैद वा जरिवाना वा केहीमा दुवै र केहीमा जरिवाना मात्रको सजाय हुने व्यवस्था गरिएको छ। साथै त्यस्तो कार्यबाट हानि नोकसानी हुने वा क्षति पुग्ने व्यक्तिलाई क्षतिपूर्ति भराई दिनु पर्नेसमेतको व्यवस्था दफा

१२७, दफा २८५ को उपदफा (४), दफा ३०३ र दफा ३०७ को उपदफा (२) र (३) मा गरिएको पाइन्छ।

देवानी विषयहरु तर्फ हेर्दा मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को भाग १, परिच्छेद २ मा देवानी कानूनका सामान्य सिद्धान्त अन्तर्गत सार्वजनिक हित विपरीत हुने गरी काम गर्न नपाउने, गल्ती गर्नेले क्षति व्यहोर्नु पर्ने, अरुलाई दुःख दिने गरी काम गर्न नहुने, असल छिमेकीपन कायम गर्नुपर्ने समेतका सिद्धान्तहरुलाई समावेश गरिएको छ। साथै, संहिताको भाग ४, परिच्छेद ३ मा **सम्पत्तिको उपभोगसम्बन्धी व्यवस्था** अन्तर्गत कसैले पनि अन्य व्यक्तिको बाटो वा निकास बन्द गरी आफ्नो जग्गाको साँधमा कुनै काम वा निर्माण गरी वा अन्य कुनै पनि तबरले कुनै व्यक्तिको सम्पत्ति बिगार्न नपाउने, कसैले पनि कुनै व्यक्तिको मञ्जुरी नलिई निजको घर कम्पाउण्डमा प्रवेश गर्न नपाउने, कसैले पनि अन्य व्यक्तिको सम्पत्ति च्यापी, मिची वा कुनै तबरले खिचोला वा अतिक्रमण गर्न नहुने व्यवस्था गरेको छ। त्यसैगरी कुनै व्यक्ति वा सरकारी निकायले सँधियारको जग्गातर्फ झ्याल वा ढोका राखी घर बनाउनु पर्ने भएमा सम्बन्धित निकायले तोकेको मापदण्डबमोजिमको जग्गा छाड्नु पर्ने, बलेसीको पानी अर्काको घर, जग्गा वा सार्वजनिक बाटोमा झार्न नपाउने, सँधियारको जग्गासँग जोडेर सेफ्टी ट्यांकी बनाउन नहुने जस्ता व्यवस्थाहरुसमेत गरिएको छ।

त्यसैगरी संहिताको भाग- ५, परिच्छेद- १७ मा **दुष्कृति (टर्टस्)** सम्बन्धी व्यवस्था गरिएको छ। जस अन्तर्गत दफा ६७२ ले दुष्कृतिको परिभाषा प्रस्तुत गरेको छ। सो बमोजिम कसैले आफ्नो वा आफैले दायित्व वहन गर्नुपर्ने अरु कसैको त्रुटि, हेलचेक्र्याइँ वा लापर्बाही जेसुकैबाट भए तापनि गरेको कुनै काम (कमिसन) वा अकर्मण्यता (ओमिसन) बाट कसैको जिउ, ज्यान वा सम्पत्ति वा कानूनबमोजिम संरक्षित हक वा हितमा कुनै किसिमले हानी, नोकसानी पुऱ्याउनु हुँदैन। यदि त्यस्तो काम वा अकर्मण्यताका सम्बन्धमा पक्षहरुबीच कुनै पूर्व करार भएको रहेनछ भने त्यस्तो काम वा हेलचेक्र्याइँको परिणामस्वरुप उत्पन्न हानि, नोक्सानीलाई दुष्कृति गरेको मानिनेछ।

त्यसैगरी दफा ६७३ देखि दफा ६८४ सम्म दायित्व वहन सम्बन्धमा विभिन्न व्यवस्थाहरु गरिएको पाइन्छ। सोमध्ये केही व्यवस्थाहरूलाई निम्न बमोजिम उल्लेख गरिएको छ।

- कसैको सम्पत्तिमा अनधिकृत प्रवेश (ट्रेसपास) गरेको कारणले भएको हानि, नोकसानीबापत अनधिकृत प्रवेश गर्ने व्यक्तिले दायित्व व्यहोर्नु पर्ने।
- दुष्कृति मानिने काम एकभन्दा बढी व्यक्तिबाट भएकोमा अन्यथा प्रमाणित भएकोमा बाहेक निजहरूले गरेको दुष्कृतिको मात्राको अनुपातमा त्यस्तो प्रत्येक व्यक्ति व्यक्तिगत र सामूहिक रूपमा त्यस्तो कामबाट भएको क्षतिबापत जिम्मेवार हुने।
- सम्पत्ति धनीको दायित्व अन्तर्गत देहायका कार्यलाई समावेश गरिएको पाइन्छः
- कुनै मेशिन, उपकरण वा यन्त्रलाई त्यसको प्रकृतिअनुसार उपयुक्त ढङ्गबाट सुरक्षाका उपायहरू नअपनाएको कारणाले विस्फोटन भएमा,

- कुनै प्रज्वलनशील वा विस्फोटक पदार्थलाई त्यसको प्रकृतिअनुसार उपयुक्त ढङ्गबाट सुरक्षाका उपायहरू नअपनाएको कारणबाट त्यसमा आगलागी भएमा वा सो विस्फोटन भएमा,
- कुनै औद्योगिक प्रतिष्ठानले निर्धारित मापदण्ड विपरीत हुने गरी अत्यधिक धुँवा, ध्वनि पैदा गरेकोमा,
- विपद्को कारणले वा कुनै तेस्रो व्यक्तिको कामले बाहेक कुनै राजमार्ग, सडक, गल्ली, बाटोमा रुख ढलेको वा ढालेकोमा,
- निर्धारित मापदण्ड विपरीत हुने गरी उपयुक्त ढङ्गबाट पूर्व सावधानीका उपायहरू नअपनाई खुला रूपमा नहर, कुलो, पाइप वा ढलबाट दूषित, विषालु वा सरुवा रोग लाग्ने पदार्थ निष्काशन भएमा।

अर्को तर्फ विशेष कानूनको रुपमा रहेको वातावरण संरक्षण ऐन, २०७६ मा रहेका केही प्रावधानहरुलाई समेत उपद्रवसँग सम्बन्धित प्रावधानका रुपमा हेर्न सकिन्छ। ती प्रावधानहरु मूलतः स्ट्याच्युटरी उपद्रवसँग नजिक देखिन्छन्। उक्त ऐनले वातावरण संरक्षण ऐन वा उक्त ऐन अन्तर्गत बनेको नियम, निर्देशिका, कार्यविधि तथा मापदण्ड विपरीतका कुनै कार्य गरेमा सम्बन्धित निकायले त्यस्तो कार्य गर्न बन्देज लगाएमा तीन लाख रुपैयाँसम्म जरिवाना गरी दुई महिनाभित्र ऐन र ऐनबमोजिम बनेको नियम निर्देशिका, कार्यविधि वा मापदण्डअनसारको कार्य गर्न आदेश दिन सक्ने व्यवस्था गरेको छ।

त्यसैगरी कसैले ऐन विपरीत प्रारम्भिक वातावरणीय परीक्षण, संक्षिप्त वातावरणीय अध्ययन वा वातावरणीय प्रभाव मूल्यांकन प्रतिवेदन स्वीकृत नगराई वा स्वीकृत प्रतिवेदनको विपरीत हुने गरी प्रस्ताव कार्यान्वयन गरेमा वा उक्त ऐन विपरीत हुने कार्य गरेमा वा गर्न लागेमा सम्बन्धित निकाय वा अधिकारी समक्ष निवेदन दिन सक्ने र उक्त ऐन वा उक्त ऐन अन्तर्गत बनेको नियम, निर्देशिका वा मापदण्ड विपरीत प्रदूषण गरेको वा जोखिमपूर्ण पदार्थ निष्कासन गरेको वा दुर्घटनाजन्य प्रदूषणका कारणबाट कुनै व्यक्ति, संस्था वा स्थानीय समुदायलाई कुनै हानि नोकसानी पुग्न गएमा त्यस्तो कार्यबाट पीडित व्यक्ति, संस्था वा स्थानीय समुदायले आफूलाई पुग्न गएको क्षतिबापत सम्बन्धित निकाय समक्ष क्षतिपूर्ति भराई पाउन निवेदन दिन सक्ने देखिन्छ। त्यसरी परेको निवेदनका सम्बन्धमा छानविन तथा जाँचबुझ गर्दा निवेदकलाई हानि नोकसानी भएको ठहरेमा क्षतिको यकिन गरी त्यसरी हानि नोकसानी पुऱ्याउने व्यक्ति, संस्था वा प्रस्तावकबाट पीडित व्यक्ति, संस्था वा स्थानीय समुदायलाई मनासिव क्षतिपूर्ति भराई दिनुपर्नेसम्मको व्यवस्था उक्त ऐनमा रहेको छ।

स्थानीय सरकार (सञ्चालन) ऐन, २०७४ को दफा ४७ को उपदफा (१) को खण्ड (झ), (ञ), (ट) र (ठ) ले अन्य व्यक्तिको घर, जग्गा वा सम्पत्तिलाई असर पर्ने गरी रुख बिरुवा लगाएको, आफ्नो घर वा बलेसीबाट अर्काको घर, जग्गा वा सार्वजनिक बाटोमा पानी झारेको, सँधियारको जग्गा तर्फ झ्याल राखी घर बनाउनु परेमा कानूनबमोजिम छाड्नु पर्ने परिमाणको जग्गा नछाडी बनाएको, कसैको हक वा स्वामित्वमा भए पनि परापूर्वदेखि सार्वजनिक रुपमा प्रयोग हुँदै आएको बाटो, वस्तुभाउ निकाल्ने निकास, वस्तुभाउ चराउने चौर, कुलो, नहर, पोखरी, पाटी पौवा, अन्त्येष्टिस्थल, धार्मिक स्थल वा अन्य कुनै सार्वजनिक स्थलको उपयोग गर्न नदिएको वा बाधा पुऱ्याएको अवस्थामा **स्थानीय तहको न्यायिक समिति**ले क्षेत्राधिकार

ग्रहण गरी विवाद निरुपण गर्न सक्ने देखिन्छ। उल्लिखित विषय स्वाभाविक रुपमा सार्वजनिक र निजी प्रकृतिको उपद्रवसँग सम्बन्धित देखिन्छन्।

५. उपद्रव सम्बन्धमा भएका न्यायिक व्याख्याहरु

कानूनको व्याख्या गर्ने अधिकार न्यायपालिकामा अन्तरनिहित रहेको हुन्छ। नेपालको संविधानअनुसार तीन तहका अदालतहरु रहने र त्यसमध्ये सर्वोच्च अदालत कानूनको अन्तिम व्याख्याताका रुपमा रहेको छ। उपद्रवसम्बन्धी विषय नै विवादको विषय बनी सर्वोच्च अदालतसम्म पुगेको र उक्त अदालतबाट व्याख्या भएको भन्ने नेपाल कानून पत्रिकाको अध्ययनबाट देखिँदैन। तर नेपालको सर्वोच्च अदालतबाट भएका न्यायिक निर्णयहरुमध्येबाट सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रव, निजी प्रकृतिको उपद्रव र स्ट्याच्युटरी उपद्रवसँग निकट देखिएका केही निर्णयहरुका साथै नेपालको कानूनी व्यवस्थासँग निकट रहेका मुलुकमध्ये भारत र संयुक्त अधिराज्य बेलायतका अदालतबाट भएका व्याख्यालाई समेत समावेश गरी देहायमा उल्लेख गरिएको छ।

५.१ सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रव सम्बन्धमा भएका न्यायिक निर्णयहरु

नेपालको सर्वोच्च अदालतबाट भएको न्यायिक व्याख्यालाई हेर्दा *नेपाल सरकार वि. अब्दुल खानसमेत* भएको राज्यविरुद्धको अपराध मुद्दामा मानिसहरूलाई जम्मा गरी मधेसलाई नेपाल राज्यबाट अलग्याई छुट्टै स्वतन्त्र मधेस देश निर्माण गर्ने भनी राष्ट्रिय अखण्डता, सार्वभौमसत्तामा खलल पुग्ने गरी कार्यक्रम गरी घोषणापत्र, पर्चा पम्प्लेटहरू बाँडेको भनी राज्यविरूद्धको अपराध र सजाय ऐन, २०४६ को दफा ३ को उपदफा (१) बमोजिमको कसुर अपराधमा सजाय गरिपाउँ भन्ने अभियोग मागदावी रहेकोमा बिना कुनै डर त्रास वा आतङ्क बिना राजनीतिक विचारधाराको उद्देश्य पूर्तिका लागि जनताको स्वतःस्फूर्तरुपमा सहभागिता गराई अन्तर्क्रिया, कोणसभा, गोष्ठीमार्फत जनचेतना जगाई स्वयंसेवक दस्ता निर्माण र परिचालन, संगठन विस्तार र नमूना जनमतसंग्रह जस्ता कार्यहरू सञ्चालन गरिन्छ भने त्यस्ता गतिविधिहरू गैरकानूनी हुन्छन् भनी मान्न नसकिने भन्दै त्यस्ता राजनीतिक अभ्यासहरू गर्दैमा सर्वसाधारण जनता परस्पर मिलेर एक भई बसेको अवस्थामा कुनै किसिमले खलल, विघ्नबाधा, अवरोध र राज्य व्यवस्थाविरूद्ध दंगा, उपद्रव, उत्पात र अशान्ति हुन गई मधेसका जनताविरूद्ध द्वेष र घृणा उत्पन्न गर्न सक्छ भनी मान्न सकिँदैन भनी व्याख्या भएको पाइन्छ।[11]

त्यसैगरी सार्वजनिक पोखरी खिचोलासम्बन्धी एउटा विवादमा सर्वोच्च अदालतबाट मालपोत नतिरी पोत मिन्हा भएको र त्यस्तो पोखरी धार्मिक सद्भावले सबैको सार्वजनिक प्रयोगका लागि समाजमा नै समपर्ण गरेको मान्नुपर्ने, एक पटक समाजलाई समर्पण गरेको भएपछि पिता पुर्खाले खनाएको भए पनि त्यसमा छोरा नातिको हक अन्य रैकर जग्गा जस्तो रहिरहन्छ भन्न नमिल्ने भनी सिद्धान्त कायम भैसकेको, सार्वजनिक रुपमा भोग चलनमा छाडिएको पोखरीमा व्यक्ति विशेषको हक स्वामित्व कायम नरही

---

[11] नेकाप २०७६, अंक ८, नि. नं. १०३२७।

सामाजिक भोग चलन र उत्तरदायित्वमा रहने हुँदा त्यस्तो सामाजिक भोगचलनको पोखरी जग्गा व्यक्ति विशेषले खिचोला गर्न आएमा अदालतको अनुमति लिई त्यस्तो सार्वजनिक सम्पत्तिको रक्षा गर्न उजुर गर्न पाउने हक जो सुकै नेपाली नागरिकलाई हुने भनी व्याख्या भएको छ।[12]

यस बाहेक स्टयाच्युटरी उपद्रवसँग सम्बन्धित विषयमा भएका न्यायिक व्याख्याहरु, जसलाई यसपछि सोही शीर्षकमा उल्लेख गरिएको छ।

भारतमा *Ushaben v. Bhagyalaxmi Chitra Mandir* को मुद्दामा "जय सन्तोषी माँ" नामक फिल्मको प्रदर्शनलाई उपद्रवका रुपमा चित्रण गर्दै उक्त फिल्मले निवेदकको धार्मिक भावनामा चोट पुऱ्याएको, उक्त फिल्मले देवी सरस्वती, लक्ष्मी र पार्वतीलाई ईर्ष्याको रूपमा परिभाषित गरिएको र उपहास गरिएको भन्ने आधारमा फिल्मको प्रदर्शन रोक्नको लागि स्थायी प्रकृतिको निषेधाज्ञाको माग गरिएकोमा भारतीय सर्वोच्च अदालतले उक्त फिल्म पुनः नहेर्ने स्वतन्त्रता निवेदकलाई रहेकाले त्यसले धार्मिक भावनामा चोट पुऱ्याएको मान्न नसकिने र उक्त विषयलाई कार्यवाहीयोग्य गल्तीको संज्ञा दिन नमिल्ने भनी निर्णय गरेको पाइन्छ।[13]

संयुक्त अधिराज्य बेलायतको न्यायिक दृष्टिकोणलाई हेर्दा रोमन क्याथोलिकहरुको प्रार्थनास्थलमा रातोदिन घण्टी बजाउने कार्य स्वतः सार्वजनिक उपद्रव मानिने भनी उक्त प्रार्थनास्थलको नजिकै बसोबास गर्ने व्यक्तिले त्यसका विरुद्धमा निषेधाज्ञाको आदेश माग गरी मुद्दा दायर गरेकोमा सार्वजनिक उपद्रव हुनका लागि यसको प्रकृति र यसको प्रभावसमेतलाई विचार गर्नुपर्ने र त्यसबाट चोट पुग्ने वा क्षति हुने व्यक्तिहरुमध्ये कसैलाई बढी मात्रामा प्रभाव पर्न सक्ने भन्ने आधारमा त्यसरी निरन्तर घण्टी बजाउने कार्य सार्वजनिक उपद्रव हो र त्यस्तो कार्य रोकाई पाउने निवेदकको हक हो भनी व्याख्या गरियो।[14]

५.२ निजी प्रकृतिको उपद्रव सम्बन्धमा भएका न्यायिक निर्णयहरु

नेपालमा सर्वोच्च अदालतबाट खिचोला, लुटपिटलगायतका मुद्दामा भएको व्याख्यालाई निजी प्रकृतिको उपद्रवसँग सम्बन्धित मान्न सकिन्छ।

व्यक्ति विशेषको जग्गामा अर्कोले खिचोला गरी बाली लगाई लुटपिट गरेको भन्ने विवादमा अवैधानिक तरिकाबाट कब्जा खिचोला गरी लगाएको बालीमा, बाली जसले लगाए पनि सो जग्गाको बालीमा वैधानिक जग्गाधनीको हक निरन्तर रहिरहेको मान्नु नै औचित्यपूर्ण एवं विवेकसम्मत् हुने, यस्तो अवस्थामा जग्गाको बाली वैधानिक जग्गाधनीले नलिई अन्यले लिएको छ भने लुटपिट गरेको मान्नुपर्ने हुँदा खिचोला ठहरे लुटपिट हुँदैन र लुटपिट ठहरे खिचोला हुँदैन भन्न नमिल्ने[15] भनी सर्वोच्च अदालतबाट न्याय निरुपण

---

12 नेकाप २०६६, अंक ५, नि. नं. ८१४५।

13 *Ushaben v. Bhagyalaxmi Chitra Mandir*, AIR 1978 Guj 13.

14 *Solatu v. De Held,* (1851) 2 Sim NS 133.

15 नेकाप २०६७, अङ्क १०, नि. नं. ८४७६।

गरिएको छ। अर्को त्यस्तै प्रकृतिको मुद्दामासमेत अर्काको हकको जग्गामा हक नै नपुग्ने व्यक्तिले गरेको जोत्ने, बाली लिने जस्तो कार्य खिचोला हुने भनी सर्वोच्च अदालतबाट व्याख्या भएको छ।[16]

त्यसैगरी मदिरा ऐन, २०३१ को दफा ४ ले कुनै व्यक्तिले अनुमति पत्रबेगर र अनुमति पत्र पाएकोले पनि अनुमतिपत्रमा तोकिएको शर्तबमोजिम बाहेक मदिरा बिक्री वितरण गर्न वा मदिरा खुवाउने बार वा रेष्टुरेन्ट वा पसल थाप्न नपाउने व्यवस्था गरेको भए पनि बाटो र सार्वजनिक क्षेत्र नै दुर्गन्धित हुने गरी जाँड रक्सी उत्पादन तथा मदिरा बिक्री वितरण तथा सेवन गरी सार्वजनिक स्थलमा अश्लीलता प्रदर्शन गर्ने जस्ता गतिविधि हुने गरेको भन्दै त्यस्ता कार्य हुन नदिन नियमित रूपमा अनुगमन, निरीक्षण, सुपरीवेक्षण हुनु पर्ने भनी त्यसका लागि परमादेश जारी गरिपाउँ भन्ने समेतको मागदावीसहित परेको रिट निवेदनमा सर्वोच्च अदालतबाट सार्वजनिक सडक, बाटो, अर्काको निजी आवास र सार्वजनिक क्षेत्र नै दुर्गन्धित हुने गरी जाँड रक्सी उत्पादन तथा रातको समयमा होहल्ला हुने गरी बिक्री वितरण गर्ने एवं उपयोग गरी वातावरण अमैत्री वा दुर्गन्धित पार्ने, शान्ति सुव्यवस्था वा अमनचयनमा खलल पार्ने वा सार्वजनिक हित वा स्वास्थ्य वा असल छिमेकीपन विपरीतको कार्यलाई नियमन नियन्त्रण गर्नु भनी परमादेश जारी भएको छ।[17] यो आदेश निजी प्रकृतिको उपद्रवसम्बन्धी मुद्दामा भएको आदेश होइन, तर यसले निजी प्रकृतिको उपद्रवका तत्वहरु स्पष्ट रुपमा ईंगित गरेको हुँदा उक्त आदेशको सान्दर्भिकता देखिएकाले उल्लेख गरिएको हो।

भारतमा *Ram Raj Singh v. Babulal को* मुद्दामा प्रतिवादीले सञ्चालन गरेको Brick Powdering Mill ले उत्सर्जन गर्ने भारी मात्राको धुलो आफ्नो क्लिनिकभित्र छिर्ने र त्यसबाट आफूलाई र क्लिनिकमा आउने विरामीलाई असुविधा उत्पन्न गराएको भनी एक जना चिकित्सकले दायर गरेको मुद्दामा Brick Powdering Mill बाट पर्याप्त मात्रामा धुलो क्लिनिकभित्र पस्दछ, त्यसले मानव स्वास्थ्यमा स्वाभाविक रुपमा हानि पुऱ्याउँदछ भन्ने प्रमाणित भएकाले त्यसबापतको क्षतिपूर्ति पाउने र त्यस्तो कार्यलाई निषेध गर्ने हक उक्त क्लिनिक सञ्चालन गर्ने चिकित्सकमा रहन्छ भनियो।[18]

यस सम्बन्धमा बेलायतको न्यायिक अभ्यासलाई हेर्दा एउटा मुद्दामा प्रतिवादीले चिच्याउने, हाँस्ने, घण्टी बजाउने लगायतको व्यवहारद्वारा उपद्रवजन्य कार्य गरी आफ्नो फ्ल्याटमा आनन्दपूर्वक बस्न पाउने निवेदकको अधिकारमाथि आघात पुऱ्याएको भन्ने आधारमा स्थायी प्रकृतिको निषेधाज्ञाको आदेश जारी गरिएको पाइन्छ।[19] त्यसैगरी अर्को एक मुद्दामा पछि घर खरिद गर्ने व्यक्तिहरुले घरको पुनर्निर्माण गर्ने भन्दै निवेदकको घरसँगै जोडेर अग्लो पर्खाल लगाउन खोजेकाले त्यसबाट आफ्नो घरको उज्यालो छेकिने भएकाले त्यसलाई रोकी पाउन माग गरेकोमा पर्खालमा सेतो टाइल लगाइदिएर उज्यालो पार्न सकिने

---

[16] नेकाप २०४७, अंक ३, नि. नं. ४११३।

[17] नेकाप २०७६, अंक २, नि. नं. १०१८६।

[18] *Ram Raj Singh v. Babulal*, AIR 1982 All 285.

[19] *Palmar v. Loder*, (1962) CLY 2233.

विकल्प अघि सारे पनि अदालतले त्यसलाई मान्यता दिएन। कोही पनि आफ्नो घरको उज्यालो छेक्ने कार्यको विकल्पमा आफ्नो छिमेकीलाई टाइल वा ऐना राख्न बाध्य गर्न सक्दैन, त्यसैले निवेदकलाई उसको घरको झ्यालबाट उज्यालो र हावा प्रवेशमा बाधा पुऱ्याउने खालको कुनै किसिमको निर्माण नगर्नु भनी प्रतिवादीहरुका नाममा स्थायी प्रकृतिको निषेधाज्ञाको आदेश जारी गरियो।[20]

५.३ स्टयाच्युटरी उपद्रव (Statutory Nuisance) सम्बन्धमा भएका न्यायिक निर्णयहरु

नेपालमा वातावरण संरक्षणसम्बन्धी विशेष कानूनका रुपमा रहेको वातावरण संरक्षण ऐनको जन्म नै न्यायिक व्याख्याको जगमा भएको हो भन्दा अत्युक्ति हुँदैन। गोदावरी र आसपासको क्षेत्रमा गोदावरी मार्वल इण्डष्ट्रिज प्रा.लि.ले अति गम्भीर वातावरणीय क्षति पुऱ्याएको कारणबाट जनताको जिउ, धन, स्वास्थ्यमाथि खतरा उत्पन्न हुनुका साथै वातावरणीय क्षति पुगेको भनी स्वच्छ वातावरण कायम राखी जनताको जिउ, ज्यान, धन र स्वास्थ्यसमेतको सुरक्षा तथा शान्तिपूर्वक जीवनयापन गर्ने प्रचलन गरी पाउन परमादेशलगायत उपयुक्त आदेश जारी गरिपाऊँ भनी दायर गरिएको रिट निवेदनमा गोदावरी क्षेत्रको पर्यावरण संरक्षण जस्तो संवेदनशील, मानवीय, राष्ट्रिय र अन्तर्राष्ट्रिय महत्त्वको विषयमा प्रभावकारी र सन्तोषजनक उपचारात्मक कार्य भएको नदेखिँदा लागू नै नभएको खनिज पदार्थ ऐन, २०४२ लागू गर्न, वायु, जल, ध्वनि एवं पर्यावरण संरक्षण गर्न आवश्यक कानून तर्जुमा हुन र गोदावरी क्षेत्रको पर्यावरण प्रभावकारी ढंगले संरक्षण तर्फ कारवाही गर्नु भनी निर्देशनात्मक आदेश जारी गरियो।[21]

तत्पश्चातसमेत सोही प्रकृतिका विभिन्न रिट निवेदनहरु दायर भए र सर्वोच्च अदालतबाट विभिन्न निर्देशनात्मक आदेशहरु पनि जारी हुँदै गए। नेपाल प्रोग्रेसिभ कन्स्ट्रक्सन प्रा.लि. नामक उद्योग स्थापना गर्न इजाजत दिने कार्यबाट जंगल विनाश तथा भूक्षयका साथै नदी कटानसमेत हुन गई वातावरणमा प्रतिकूल असर पर्न गएकाले उद्योग स्थापनाको दर्ता निर्णय एवं उक्त उद्योग स्थापना गर्न आधार लिइएको IEE समेत उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर गरी पुनः वातावरण संरक्षण ऐन, २०५३ र नियमावली, २०५४ बमोजिम सम्पूर्ण प्रकृया अपनाई IEE र EIA तयार गरी कानूनबमोजिम निर्णय गर्नु, वातावरणमा प्रतिकूल असर हुने कार्य नगर्नु भनी विपक्षीहरुका नाममा परमादेशलगायत अन्य आवश्यक उपयुक्त आदेश जारी गरिपाऊँ भन्ने मागदावी रहेकोमा ढुंगाखानी सञ्चालन प्रकृयामा Energy प्रयोग हुँदा कम्तीमा पनि आवाज र धुलो निस्कने हुँदा यसरी जंगल र खोलामा पैदा हुने आवाज र धुलोका कारण जंगलमा रहेका चराचुरुंगी र पानीमा प्रत्यक्ष असर पर्ने भनी नेपाल प्रोग्रेसिभ कन्स्टक्सन प्रा.लि.लाई Stone Aggregates उत्पादनमूलक उद्योगमा दर्ता गर्ने गरी प्रमाणपत्र दिने भनी विपक्षी उद्योग विभागबाट भएको निर्णय एवं सोही आधारमा जिल्ला बन कार्यालय बाराले उक्त उद्योगलाई ढुंगा संकलन गर्न इजाजत दिएको भन्ने पत्रसमेत वातावरणीय

[20] *Dent v Auction Mart* (1866) LR 2 Eq 238.

[21] *अधिवक्ता सूर्यप्रसाद शर्मा ढुंगेल वि. गोदावरी मार्वल इण्डष्ट्रिज प्रा.लि.समेत*, रिट नं ३५/२०४९, आदेश मिति २०५२।७।१४।

प्रभाव मूल्यांकनको दृष्टिकोण, प्रचलित कानूनी व्यवस्था र नेपालले अवलम्वन गरेको वातावरण नीति प्रतिकूल देखिएको भनी उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर गरिदिएको पाइन्छ।[22]

त्यसैगरी *एभरेष्ट पल्प एण्ड पेपर इण्डष्ट्रिज* लगायतका विपक्षीलाई प्रदूषण मापदण्ड तोकिए पनि अस्थायी प्रदूषण नियन्त्रण प्रमाणपत्र दिनु र उनीहरुलाई अनिवार्य रुपमा उक्त मापदण्डको परिपालना गर्न बाध्य नगरिएको कारणले आफूहरुको स्वच्छ वातावरणमा बाँच्न पाउने मौलिक हकमाथि नै प्रतिकूल प्रभाव परिहेको हुँदा विपक्षीलाई प्रदूषण मापदण्डहरुको कार्यान्वयन गर्दै वातावरण संरक्षण गर्ने गरी आदेशहरु जारी गरिपाऊँ भन्ने मागदावी रहेको रिट निवेदनमा नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ तथा वातावरण संरक्षण ऐन नियमावलीले जनताको स्वास्थ्यमा प्रतिकूल असर पर्न नदिई वातावरण संरक्षणको लागि आवश्यक कार्य गर्ने जिम्मेवारी राज्यलाई सुम्पेको र यस अदालतबाट यसभन्दा पहिले पनि विभिन्न मुद्दाहरुमा उक्त कानूनहरुको कार्यान्वयन गर्नु गराउनु भनी विभिन्न मितिमा आदेशसमेत जारी भएकोमा जल ध्वनिको मापदण्ड अझ पनि नतोकिनु कानून कार्यान्वयनमा ढिलाई भएको, कानून विपरीत अस्थायी प्रमाणपत्र वितरण गर्दै उद्योग सञ्चालन गर्न अनुमति दिने कार्य ऐनको व्यवस्था विपरीत भएकाले मापदण्ड तोकी अनुगमन तर्फ विशेष सतर्कता साथ कार्य गनुपर्ने भएकाले सो कार्य यथासक्य चाँडो गर्नु भनी विपक्षीहरुका नाममा निर्देशनात्मक आदेश जारी गरिएको छ।[23]

कानून विपरीत सञ्चालित अवैध इँटाभट्टाहरुको अविलम्व पहिचान गरी लगत राखी त्यस्ता इँटाभट्टा सञ्चालन गर्न नदिई बन्द गराउन, अवैध इँटाभट्टा सञ्चालकहरुलाई कडाइका साथ कानुनी कारबाही गर्न र अवैध इँटाभट्टाको सञ्चालनबाट हालसम्म स्थानीय जनताको स्वस्थ्यलगायत खेती बाली तथा वातावरणमा के कति नोक्सान भयो सोको छानबिन गरी एकिन गरी क्षतिपूर्तिसमेत भराई पाउन उपयुक्त आदेश जारी गरिपाउँ भन्ने मागदावी रहेको रिट निवेदनमा सर्वोच्च अदालतबाट इँटा उद्योगले प्रदूषण नियन्त्रण यन्त्र जडान नगर्ने वा पुरानो प्रविधिलाई बन्द गरी नयाँ प्रविधिद्वारा सञ्चालन नगर्ने हो आम जनताको स्वास्थ्यमा प्रदूषित वातावरणले हानि पुग्ने भनी श्री ५ को सरकारको नाउँमा निर्देशात्मक आदेश जारी गरिदिएको देखिन्छ।[24]
*एभरेष्ट पेपर मिल्स प्रा.लि.*बाट प्रशोधन नगरी निक्लेको तरल रासायनिक पदार्थहरु सोझै विगही नदीमा खसालेको कारण त्यस्तो प्रदूषित तरल पदार्थले उक्त क्षेत्रमा बस्ने सर्वसाधारण जनता, पशुपंक्षी तथा बगही नदीका दुवै किनाराका हजारौं विगाहा खेतीयोग्य जग्गा जमिन बालीनालीमा समेत गम्भीर असर पुऱ्याएको भनी मिलबाट निष्कासित तरल पदार्थलगायत अन्य फोहरमैला खुल्ला ठाउँमा फाली वातावरण प्रदूषित गराउने कार्य तुरुन्त बन्द गर्न र मिलबाट प्रदूषित पानी मिसाउनुपर्ने अवस्था भएमा फोहर पानी प्रशोधन गर्ने उपयक्त प्रविधि जडान गरी तोकिएको मापदण्ड ननाघ्ने गरी स्वच्छ पानीमा परिणत गरी मात्र छोड्ने व्यवस्था मिलाउन आदेश जारी गरी पाऊँ भन्नेसमेतको माग गरिएको एउटा रिट निवेदनमा तोकिएको

---

22 *देवीप्रसाद गौतम वि. जिल्ला वन कार्यालय बारासमेत,* २०६४ सालको रिट नं. ००५८, आदेश मिति २०६७।१।१५।

23 *अधिवक्ता प्रकाशमणि शर्मा वि. जनसंख्या तथा वातावरण मन्त्रालय,* रिट नं. ३४२९/२०११, आदेश मिति २०६२।९।४।

24 *अधिवक्ता प्रकाशमणि शर्मा वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालय,* रिट नं. ३०२७/२०५९, आदेश मिति २०६२।११।३।

मापदण्ड ननाघ्ने गरी आवश्यक सुधारको व्यवस्था गरेर मात्र उद्योग सञ्चालन गर्नु भनी आवश्यक यन्त्र जडान गर्ने लगायत सुधारका लागि चालू आर्थिक वर्षको अन्त्यसम्मको समय दिई तत्पश्चात् तोकिएको मापदण्डभित्र रहेर मात्र उद्योग सञ्चालन गर्न दिनु भनी विपक्षीहरुको नाममा निर्देशनात्मक आदेश जारी गरिएको पाइन्छ।[25]

भृकुटी पल्प एन्ड पेपर नेपाल लिमिटेडसमेतलाई विपक्षी बनाएर दायर गरिएको रिट निवेदनमासमेत सोही प्रकृतिको मागदावी रहेकोमा सर्वोच्च अदालतबाटसमेत कारखानामा प्रयोग भएको पानी शुद्ध पानीका रुपमा निष्कासन गर्न Water Treatment Plant समेत अविलम्ब जडान गर्नु, धुवाँमा भुसको धुलो मिसिन नदिन Dust Collector समेत प्रभावकारी रुपमा प्रयोग गर्नु भनी भृकुटी पल्प एण्ड पेपर नेपालको नाममा निर्देशनात्मक आदेश जारी भएको देखिन्छ।[26]

काठमाडौं उपत्यका दिन प्रतिदिन प्रदूषित बन्दै गएको, यहाँको जनघनत्व वृद्धि सँगसँगै औद्योगिक कलकारखाना र अनगिन्ती सवारी साधनको वृद्धिले वायु मण्डललाई नै विषाक्त बनाइरहेको अवस्था देखाउँदै डिजेल ट्याक्सी सञ्चालन गर्न दिने निर्णय तथा विभिन्न कम्पनीहरुलाई आयात गर्न प्रदान गरेको स्वीकृति बदर गर्न, ठूला गाडीहरुको आयातमा भन्सार एवं बिक्री कर छुट दिने व्यवस्था गर्नु, सिसारहित पेट्रोल मात्र आयात गर्ने व्यवस्था गर्न तथा उपयुक्त प्रविधि जडान भएका साधनहरु मात्र आयात गर्ने व्यवस्था गर्नु, तोकेको मापदण्डभन्दा बढी धुँवा फ्याँक्ने सवारी साधनहरुलाई काठमाडौं उपत्यकामा सञ्चालन गर्न नदिनु भनी सम्बन्धित निकायहरुका नाउँमा उपयुक्त आज्ञा आदेश जारी गरिपाऊँ भनी माग गरिएको रिट निवेदनमा हाल उपत्यकाभित्र चल्ने साना टेम्पो, ट्याक्सीलगायत बस, मिनिबस, ट्रक, ट्र्याक्टर आदिबाट निस्कने धुँवाको प्रदूषणबाट जनस्वास्थ्यको रक्षा गर्न प्रभावकारी रुपमा आवश्यक उपायको अवलम्बन बढीमा २ वर्षसम्ममा गराई सक्नु भनी निर्देशात्मक आदेश जारी गरिएको पाइन्छ।[27]

विकास निर्माणका कार्यहरूमा अन्तर सरकारी निकायहरूबीच समन्वय नहुँदा भर्खरै बनाएको सडक पुनः खन्ने र माटो सडकमै छाडिदिने कारणबाट धुलो हुने, बढ्दो सवारी साधनले उत्सर्जन गरेको धुवाँले वातावरणलाई फोहर गर्ने तथा सडकमा नै फोहर मैला फाल्ने प्रवृत्तिले शहर फोहर हुन गई कुरूप हुँदै जान थालेको र उक्त कार्यबाट काठमाडौं उपत्यकामा बस्ने मानिसहरूले स्वच्छ वातावरणमा बस्न पाउने आफ्नो मौलिक हकको उपभोगबाट वञ्चित हुन गएको कारण देखाउँदै भूकम्पबाट भत्किएका राष्ट्रिय सम्पदाहरू समयमा पुनर्निर्माण, वातावरण प्रदूषण नियन्त्रण र फोहरको उचित व्यवस्थापनका लागि परमादेशलगायतको आदेश जारी गरिपाउँ भनी माग गरिएको एउटा रिट निवेदनमा सर्वोच्च अदालतबाट विकास निर्माण मानव जीवनलाई समृद्ध एवं सहज बनाउन अति आवश्यक हुने तर विकास निर्माणको कार्य गर्दा मानवीय जीवनलाई नै खतरामा पार्ने गरी गरियो भने त्यसलाई सन्तुलित विकास मान्न नसकिने भनी

---

25 *शत्रुघ्नप्रसाद गुप्ता वि. एभरेष्ट पेपर मिल्स प्रा.लि.*, रिट नं. ३४८०/२०५९, आदेश मिति २०६१।४।१२।

26 *अधिवक्ता थानेश्वर आचार्य वि. भृकुटी पल्प एन्ड पेपर नेपाल लिमिटेडसमेत*, रिट नं. ३०८९/२०५७, आदेश मिति २०५८।८।१९।

27 *अधिवक्ता प्रकाशमणि शर्मा वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालय*, रिट नं. ३४४०/२०५३, आदेश मिति २०५९।११।२७।

व्यवस्था गरियो। त्यसैगरी वातावरणमा गम्भीर रूपले असर पार्ने गरी भएको विकासले मानवको अस्तित्वमा नै खतरा उत्पन्न गर्ने भएकाले त्यस प्रकारको विकास अभिसापमा परिणत हुन जाने, त्यसले मानवीय जीवनलाई झनै कठिन बनाउने, वातावरणप्रति सजगता देखाएर विभिन्न कानूनहरूको निर्माण गरिए पनि कानून निर्माण गर्दैमा वातावरण संरक्षणप्रतिको राज्यको दायित्व पूरा भएको मात्र नसकिने भन्दै राज्यलाई जिम्मेवारी बोध गराउने उद्देश्यले तत्कालीन, दीर्घकालीन र प्रदूषण नियन्त्रणका अन्य उपायहरुसमेत सुझाएर मार्गदर्शन गरेको छ।[28]

भारतमा त्यहाँको मध्यप्रदेश राज्यको भोपाल स्थित युनियन कार्बाइड कर्पोरेशन इंडिया लिमिटेडबाट विषालु ग्याँस (मिथाइल आइसोसाइनेट) चुहावट भएको र त्यसबाट जनधनको क्षति भएको घटनाका सम्बन्धमा परेको मुद्दामा भारतीय सर्वोच्च अदालतले मानव वस्तीको नजिकै हुने गरी कुनै खतरनाक उद्योग सञ्चालनको लागि अनुमति दिन नसक्ने भनी यस अघि स्थापित त्यस्ता उद्योगलाई अन्यत्र स्थानान्तरण गर्नुपर्ने भनी निर्देशित गरेको पाइन्छ।[29] त्यसैगरी मध्यप्रदेश राज्यकै अर्को एक शहर Ratlam मा डिस्टिलरीहरूबाट उत्सर्जन हुने फोहर पदार्थहरू खुला रुपमा छाडेको कारण त्यहाँका स्थानीय वासिन्दाको स्वास्थ्य जोखिममा परेको भनी परेको अर्को एक मुद्दामा जब संविधानले राज्यका निर्देशक सिद्धान्तहरुमा स्पष्ट रुपमा नागरिकप्रतिको कर्तव्यका बारेमा बोलिएको हुन्छ, बजेट अभाव जस्तो कमजोर तर्क गरी त्यसप्रति बेवास्ता गरेर बस्ने र कानूनको खिल्ली उडाउने छुट स्थानीय नगर सरकारलाई हुँदैन, संवैधानिक एवं अन्य वैधानिक निर्देशनहरूको उल्लंघन गरेमा सम्बन्धित कार्यालयका अधिकारी र निर्वाचित जन प्रतिनिधिसमेतले दण्ड भोग्नुपर्ने हुन्छ भनी कठोर रुपमा ध्यानाकर्षण गराइयो।[30] यी दुबै न्यायिक निर्णयलाई स्टयाच्युटरी उपद्रवसँग सम्बन्धित मान्न सकिन्छ।

बेलायतमा बिजुली कम्पनीको विद्युत उत्पादन र बिक्री गर्ने इजाजतपत्रले उपद्रवजन्य कार्य गर्ने अधिकार सिर्जना गर्दैन भन्ने आधार ग्रहण गरी अदालतले फैसला गरेको पाइन्छ। हपकिन परिवार २६ बर्षदेखि Victoria Avenue North, in Hamilton, Ontario मा बस्दै आएकोमा हपकिनको घरबाट १३ फिटभित्रै पर्ने गरी Hamilton Electric Light and Cataract Power Company ले ट्रान्सफार्मर र वितरण स्टेशन बनायो। स्टेशनमा तीन ठुला ईन्जिनहरूसमेत राखियो, जसले अत्यन्त ठूलो कम्पन पैदा गराथ्यो। यद्यपि त्यस कम्पनले संरचनात्मक रूपमा हपकिनको घरलाई हानि त गर्दैनथ्यो, तर त्यसले घरको मूल्यमा ह्रास गराउने मात्र होइन, उक्त घर बस्न योग्यसमेत रहेन। फलतः आफ्नो घरै छाडेर जानुपर्ने बाध्यतामा हपकिन परिवार पुग्यो। अन्ततः उक्त कम्पनी उपर अदालतमा चुनौती दिइयो। अदालतले समग्र तथ्यहरुको

---

[28] नेकाप २०७४, अंक ६, नि. नं. ९८२९।

[29] *M.C. Mehta and Anr. Etc v. Union of India and Ors. Etc.* 1986 SCR (1) 312.

[30] *Municipal Council Ratlam v. Vardhichand*, AIR 1980 SC 1622.

विश्लेषण गर्दै इलेक्ट्रिक कम्पनीले गम्भीर उपद्रव गरेको ठहर गरी त्यसबापत क्षतिपूर्ति दिनुपर्ने र निश्चित अवधि (तीन महिना) पश्चात् कम्पनीले आफ्नो कार्य नै बन्द गर्नुपर्ने गरी निषेधाज्ञासमेत जारी गरिदियो।[31]

६. उपद्रवजन्य कार्य उपरको उपचार

कसैले कसुरजन्य कार्य गरेमा वा अरुलाई अहित हुने कार्य गरेमा त्यसका विरुद्धमा उपचार माग गर्न पाउने कुरामा विवाद हुन सक्दैन। जहाँ अधिकार हुन्छ, त्यहाँ उपचार पनि स्वतः अन्तरनिहित रहेको हुन्छ। उपचार विनाको अधिकार भनेको वास्तवमा अधिकार नै होइन, त्यो केबल अलंकार मात्र मानिन्छ। कसैले उपद्रवजन्य कार्यद्वारा अरुको अहित गर्दछ भने त्यस्तो कार्यलाई चुनौती दिने निश्चित प्रकृया हुन्छ र त्यसमा प्राप्त हुने उपचार पनि निर्धारित गरिएको हुन्छ। सामान्यतया उपद्रवजन्य कार्यमा प्राप्त हुने उपचारलाई देहायबमोजिम वर्गीकरण गरेर अध्ययन गर्न सकिन्छ।

६.१ निषेधाज्ञा (Injunction)

निषेधाज्ञा त्यस्तो आदेश हो, जसले तत्कालका लागि गरिएको वा भइरहेकै कार्यलाई यथास्थिति कायम गरिन्छ। निषेधाज्ञा सामान्यतया आशंकाको अवस्थामा आकर्षित हुन्छ, अर्थात् कुनै बिज्याईं हुन लागेको अवस्थामा त्यसलाई रोक्नका लागि यस्तो आदेश जारी हुन्छ। कार्य सम्पन्न भैसकेको अर्थात् बिज्याईं भैसकेको अवस्थामा निषेधाज्ञा उपयुक्त उपचार मानिँदैन। तथापि यस्तो अवस्थामासमेत उपचारको मार्ग अवलम्वन गर्ने सिलसिलामा उपद्रवजन्य कार्यको प्रभाव र असर विस्तारित हुन नदिई त्यसलाई यथास्थिति कायम गर्नका लागि यस्तो आदेश उपयुक्त मानिन्छ। सामान्यतया निषेधाज्ञाको आदेश अस्थायी प्रकृतिको हुन्छ। तर कतिपय अवस्थामा स्थायी प्रकृतिको निषेधाज्ञासमेत जारी गरिन्छ। यस्तो आदेश जारी गर्ने नगर्ने कुरा अदालतको स्वविवेकीय अधिकार अन्तर्गत पर्दछ, अर्थात् कसैले पनि निषेधाज्ञालाई अधिकारको रुपमा दावी गर्न सक्ने हुँदैन।

६.२ क्षतिपूर्ति (Damages)

उपद्रवजन्य कार्यबाट भएको क्षतिबापतको क्षतिपूर्तिको दावी गर्न सकिने हुन्छ। तर यस्तो क्षतिपूर्ति कतिपय अवस्थामा वास्तविक क्षतिसँग सामञ्जस्य नहुने गरी सांकेतिक मात्र पनि हुन सक्छ, कानूनद्वारा निर्धारित अर्थात् कानूनले तोकेको हदसम्म मात्र पनि हुन सक्छ र कतिपय अवस्थामा पीडित पक्षलाई पूर्ण रुपमा न्यायको अनुभूति हुने खालको र पीडक अर्थात् बिज्याईंकर्तालाई निरुत्साहित तुल्याउने खालको पनि हुन सक्छ, ताकि उसले त्यस्तो बिज्याईंको पुनरावृत्ति नगरोस्।

६.३ कटौती वा न्यूनीकरण (Abatement)

निजी प्रकृतिको उपद्रवमा यदाकदा त्यस्तो उपचारको खोजीसमेत गरिन्छ, जसमा उपचार प्राप्तिका लागि कानूनले निर्धारण गरेको मार्गको अवलम्वन गरिँदैन। आफू उपर भएको बिज्याईंको न्यूनीकरणका लागि

---

[31] *Hopkin v. Hamilton Electric Light and Cataract Power Co.*, (1901), 2 O.L.R. 240.

पीडित पक्ष स्वयं नै सक्रिय हुन्छ र त्यस्तो बाधा, अवरोध वा कठिनाई उत्पन्न गराउने अरु कसैको चिज बस्तु हटाउने कार्य सम्पन्न गरिन्छ। दृष्टान्तः कसैले लगाएको रुख बिरुवाबाट छिमेकीलाई असर पारेको छ, उसको घर जग्गामा सेप गराएको छ भने त्यस्तो रुख बिरुवा हटाउन सम्बन्धित व्यक्तिलाई आग्रह गर्ने, न्यायिक प्रकृयामा प्रवेश गरी हटाउन बाध्य तुल्याउने, क्षतिपूर्ति माग गर्ने लगायतका प्रकृया अवलम्वन नगरी त्यस्तो रुखको हाँगा पीडित पक्ष स्वयंले काटी अवरोध हटाउने कार्य गरिन्छ। यस खालको उपचारलाई उपयुक्त र कानून अनुरुपको मानिँदैन, तथापि यसको प्रयोग भने हुने गरेको पाइन्छ। यस्तो उपचार निजी प्रकृतिको उपद्रवमा मात्र ग्राह्य हुन्छ। सार्वजनिक प्रकृतिको उपद्रवमा व्यक्तिले यस खालको उपचार खोज्ने प्रयत्न गर्दछ भने त्यस्तो उपचार स्वयंमा कसुरजन्य कार्य हुन जान्छ। सार्वजनिक प्रकृतिको बिज्याईंको न्यूनीकरणका लागि अदालतबाट आदेश प्राप्त गर्न सकिन्छ, निषेधाज्ञाको आदेशबाट त्यसलाई रोक्न सकिन्छ।

उपचार प्राप्तिका सन्दर्भमा नेपालको कानूनी व्यवस्थालाई हेर्दा बिज्याईंलाई रोक्न निषेधाज्ञाको आदेश, हानि पुगिसकेको अवस्था भए पीडित पक्षका लागि क्षतिपूर्तिका साथै बिज्याईंकर्तालाई सजायसमेतको व्यवस्था गरिएको पाइन्छ। निषेधाज्ञाका लागि जिल्ला अदालत र उच्च अदालतले क्षेत्राधिकार ग्रहण गर्न सक्दछन् भने कतिपय अवस्थामा असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत रिट क्षेत्राधिकारको प्रयोगसमेत हुने गरेको छ, त्यस्तो अधिकार उच्च अदालत र सर्वोच्च अदालतबाट प्रयोग हुन्छ। यसअघि न्यायिक व्याख्या अन्तर्गतको स्ट्याच्युटरी उपद्रव शीर्षकमा असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत सर्वोच्च अदालतले जारी गरेका आदेशहरुलाई उदाहरणका रुपमा लिन सकिन्छ। बिज्याईंबाट हानि नोकसानी पुगेको अवस्थामा बिज्याईंको प्रकृतिअनुसार कतिपय विषय (**उदाहरणः** साविकमा केही सार्वजनिक अपराध र हालको अभद्र व्यवहार) मा जिल्ला प्रशासन कार्यालयबाट, कतिपय विषय (**उदाहरणः** अरुको घर जग्गालाई असर पर्ने गरी रुख बिरुवा लगाएको, अर्काको घर जग्गा वा सार्वजनिक बाटोमा बलेसीको पानी झारेको, परापूर्वदेखि उपयोग हुँदै आएको बाटो निकास वा सार्वजनिक स्थलको उपयोगमा बाधा पुऱ्याएको) मा स्थानीय तहको न्यायिक समितिबाट र कतिपय विषय (**उदाहरणः** निजी वा सार्वजनिक सम्पत्तिमा खिचोला, गाली बेइज्जती, लुटपिट, दुष्कृतिलगायत) मा जिल्ला अदालतबाट न्याय निरुपण गरिन्छ। यस अन्तर्गत पीडित पक्षलाई क्षतिपूर्ति र पीडकलाई कैद वा जरिवाना वा दुबै सजायसमेत गरी उपचार प्रदान गरिन्छ।

७. उपद्रव सम्बन्धमा आकर्षित हुने प्रतिरक्षासम्बन्धी सिद्धान्तहरू

उपद्रव सम्बन्धमा मूलतः दुईवटा प्रतिरक्षाका सिद्धान्तहरुले मान्यता पाएका छन्। ती हुन्- लामो अवधिसम्मको निरन्तर भोगपछि प्राप्त हुने अधिकार अर्थात् चिरभोग (Prescription) र स्ट्याच्युटरी प्राधिकार (Statutory authority) ।

७.१ चिरभोग (Prescription)

चिरभोगको अधिकार सिर्जना हुनका लागि केही पूर्वशर्तहरु आवश्यक पर्दछ। ती हुन्- एकाको चिजबस्तु वा सम्पत्ति अरु कसैले प्रयोग गरिएको हुनुपर्ने, त्यस्तो प्रयोग देखिने गरी भएको हुनुपर्ने र अन्य व्यक्तिद्वारा

दावी नगरेको हुनुपर्ने। त्यस्तो भोग निश्चित अवधि (बिस वर्ष/तिस वर्ष) सम्म शान्त, खुला र सहज रुपमा बिना कुनै व्यवधान, बिना कुनै अबरोध अधिकारका रुपमा भएको हुनुपर्दछ। उक्त अवधि व्यतित भएपश्चात् निरन्तर रुपमा भोग गरिएको चिज बस्तु वा सम्पत्तिमाथिको प्रयोग बिज्याईं मानिँदैन, त्यस्तो भोगले वैधानिकता प्राप्त गर्दछ र भोगवालाको स्वामित्व स्थापित हुन पुग्छ। तर सबै अवस्थामा त्यस्तो अधिकार स्थापित हुँदैन। यसको दृष्टान्तको रुपमा बेलायतको एउटा अदालतले एउटा मुद्दामा गरेको निर्णयलाई लिन सकिन्छ। यस मुद्दामा बिस वर्षभन्दा बढी अवधिदेखि आफ्नो व्यवसायका क्रममा स्थापित गरेको चकलेट कारखानासँगै जोडेर एकजना चिकित्सकले केही समयअघि मात्र परामर्श कक्षको स्थापना गर्दछन्, उनले कारखानाबाट निस्कने कर्कश आवाजका कारण गम्भीर असुविधाको महसुस गर्दछन्, त्यसैले कारखानाबाट उत्सर्जन हुने आवाज कटौतीको माग गर्दछन्। यसमा लामो अवधिदेखि कारखाना सञ्चालनमा रहेकोले आफ्नो अधिकार सिर्जना भएको भनी जिकिर लिन पाइँदैन। जब असुविधाको अनुभूति हुन्छ, तब दावी गर्न सकिन्छ, कुनै कार्य कुनै स्थान विशेषमा वा कुनै एक समयमा सामान्य लाग्न सक्छ भने अर्को कुनै स्थान विशेषमा वा समयको अन्तरालमा असामान्य वा असुविधायुक्त हुन सक्छ। यदि लामो समयसम्मको उपभोगलाई आधार बनाएर त्यस्तो उपद्रवजन्य कार्यलाई वैधता प्रदान गरिन्छ भने त्यसले अन्यायलाई बढावा दिन्छ भनी स्पष्ट रुपमा उल्लेख गरियो।[32]

यस सम्बन्धमा नेपाल कानूनलाई हेर्दा मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २७३ मा कुनै व्यक्तिले अर्को व्यक्तिको चल सम्पत्तिको हकमा तीन वर्ष र जमिनको हकमा तिस वर्षभन्दा बढी समयदेखि त्यस्तो सम्पत्ति वा जमिन आफ्नै सम्पत्ति वा जमिन सरह भोग गरेमा त्यस्तो सम्पत्ति वा जमिनमा निजको प्रतिकूल भोगाधिकार रहेको मानिने र यसरी प्रतिकूल भोगाधिकार प्राप्त भएमा त्यस्तो व्यक्तिले त्यस्तो सम्पत्ति आफ्नो नाममा स्वामित्व कायम गराउन सक्ने व्यवस्था गरिएको छ।

यसरी अर्काको सम्पत्तिमा आफ्नो भोगाधिकार कायम गर्ने क्रियालाई सामान्यतया बिज्याईं नै मानिन्छ। तर लामो अवधिसम्मको त्यस्तो प्रतिकूल भोगाधिकारले अन्ततः स्वामित्व स्थापित गर्ने आधार निर्माण गर्दछ। तर यसलाई निरपेक्ष रुपमा ग्रहण गर्न नसकिने गरी सोही दफामा स्वामित्ववालाको जानकारी बिना, गोप्य रुपमा वा जवरजस्ती कुनै चल सम्पत्ति वा जमिन भोग गरेकोमा प्रतिकूल भोगाधिकार रहेको नमानिने, त्यसैगरी सरकारी, सार्वजनिक, सामुदायिक वा गुठीको जग्गा जतिसुकै समयसम्म भोग गरेको भए तापनि प्रतिकूल भोगाधिकार प्राप्त नहुने साथै कुनै सम्पत्ति वा जमिनको सम्बन्धमा करार वा कानूनद्वारा छुट्टै व्यवस्था भएकोमा सोहीबमोजिम हुने भनी व्यवस्था गरिएको पाइन्छ।

यसै सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतले एउटा मुद्दामा चोरी, बलपूर्वक वा जवरजस्ती रुपबाट गरिएको कब्जा र वैध स्वामित्ववालाको अधिकारमा आघात नपर्ने गरी अस्थायी प्रयोगको निमित्त मागिएको वा त्यस्तो

---

[32] *Sturges v. Bridgman*, (1879) 11 Ch. D. 852.

अनुरोधको आधार गरिएको भोगले भोगाधिकारको हैसियत सिर्जना गर्न सक्दैन[33] भनी व्याख्या गरेको छ। त्यसैगरी अर्को एक मुद्दामा कसैको सम्पत्तिमाथि अर्को व्यक्तिले कसैको हटक खिचोला बिना चोरी वा बदनियत नराखी शान्तिपूर्वक ढंगले लामो समयसम्म भोग कायम राख्दछ भने यस्तो लामो समयको भोगाधिकारबाट भोगकर्ताको स्वामित्वको उदय हुन सक्ने, प्रतिकूल भोगाधिकारको लागि त्यस्तो भोग अविच्छिन्न र वास्तविक धनीलाई थाहा भएको हुनुपर्ने, यस्तो भोग बलपूर्वक वा चोरी गरी वा बदनियतपूर्वक गरेको अवस्था हुनु नहुने र प्रतिकूल भोगाधिकारको समयावधि कानूनले तोकेको हुन सक्ने[34] भनी व्याख्या गरियो।

७.२ स्टयाच्युटरी प्राधिकार (Statutory Authority)

कानूनले कुनै कार्य गर्ने अधिकार प्रदान गरेको वा कुनै जमिनको प्रयोग निश्चित उद्देश्यका लागि गर्ने गरी तोकेको अवस्थामा पूर्ण सावधानीका साथ त्यसको प्रयोग गरिनु पर्दछ। वैधानिक अधिकार निरपेक्ष र निशर्त मात्र हुँदैन, सापेक्ष र शर्तयुक्त पनि हुन सक्छ। निरपेक्ष अधिकार अन्तर्गतको कार्यमा कानूनले त्यस्तो अनुमतिसमेत प्रदान गर्दछ जसको प्रयोग गर्दा उपद्रवजन्य कार्य हुन पनि सक्छ वा त्यसबाट कुनै खालको हानि पनि हुन सक्छ। जबकि सापेक्ष अधिकार अन्तर्गत व्यक्तिको अधिकार सुरक्षित हुने गरी, कसैलाई हानि नपुग्ने गरी र उपद्रवजन्य अवस्था उत्पन्न नहुने गरी कार्य सम्पादन गरिनु पर्दछ भन्ने मान्यता राखिन्छ।

यसै सन्दर्भमा संयुक्त अधिराज्य बेलायतको अदालतबाट एउटा मुद्दामा प्रतिवादीले सञ्चालन अनुमति प्राप्त गरेको रेलवेमा लोकोमोटिभ इञ्जिनको प्रयोग गर्न कानूनले नै अधिकार प्रदान गरेको भए पनि उक्त इञ्जिनबाट निस्केको आगोको झिल्काले रेलवेसँगै रहेको वादीको काठमा आगलागी भई नोकसानी भएको सम्बन्धमा वादीले सुक्खा घाँस र सुकेका दाउराहरु हटाउन बेवास्ता गरेर आगो लाग्ने अवस्थाको सिर्जना गरेको भनी प्रतिरक्षा गर्न सकिने हुँदैन[35] भनी व्याख्या गरियो।

यी सबै न्यायिक व्याख्यालाई आधार बनाएर हेर्दा देहायका विषयमा प्रतिरक्षा गर्न नपाइने देखिन्छः

- कुनै व्यक्तिले जानाजान कारखानाको नजिकै जमिन खरिद गर्दछ, त्यस्तो कारखानाबाट उत्सर्जित हुने ध्वनि, वाफ, गन्ध वा फोहरले उसलाई असर गर्दछ, हानि गर्दछ भने वादी स्वयंले नै त्यस्तो असरका बारेमा जानीबुझिकन जमिन खरिद गरेको हो भन्ने आधारमा प्रतिवादीले प्रतिरक्षा गर्न पाउँदैन।
- त्यसैगरी आफ्नो कारणबाट अरुलाई हानि पुग्ने कार्य हुन नपाओस् भनी आफ्नो सम्पूर्ण सामर्थ्य लगाएर प्रयास गरेको भन्ने कुरा पनि प्रतिवादीका लागि प्रतिरक्षाको आधार बन्दैन। उसको प्रयत्न

---

33 नेकाप २०६५, अंक ३, नि. नं ७९३९।

34 नेकाप २०७५, अंक ३, नि. नं ९९७६।

35 *Vaughan v. Taff Vale Railway Company*, (1860) 5 H.N. 679.

हुँदाहुँदै पनि अरुलाई चोट पुगेको, हानि पुगेको वा असुविधा भएको अवस्थामा त्यसलाई चुनौती दिन सकिन्छ र त्यसको दायित्व प्रतिवादीले वहन गर्नुपर्ने हुन्छ।

- कुनै उपद्रवजन्य कार्य धेरै जनाले गरेको क्रियाको उपज हो भन्ने देखिएकोमा कुनै एउटालाई मात्र जिम्मेवार ठहऱ्याउन नसकिने भए पनि त्यसैलाई मात्र प्रतिरक्षाको आधार बनाउन सकिँदैन। अर्थात् सँगै रहेका अरुको कारणबाटसमेत त्यस्तो अवस्था सिर्जना भएको छ भन्ने तर्क गरेर दायित्वबाट उन्मुक्ति पाइँदैन।
- प्रतिवादीले आफ्नो सम्पत्तिको प्रयोग औचित्यपूर्ण ढंगले गरेको छु भनेर मात्रै पनि प्रतिरक्षा गर्न पाउने अवस्था हुँदैन, अरुका लागि साँच्चिकै असुविधा उत्पन्न गराउने गरी गरिएको सम्पत्तिको प्रयोगलाई औचित्यपूर्ण प्रयोग मान्न सकिँदैन।

यसै सन्दर्भमा उपद्रव वा बिज्याईं सृजित दायित्व र त्यसको प्रतिरक्षाको विषयसमेत यहाँ प्रासंगिक हुने देखिन्छ। खासगरी फौजदारी कानूनले अपराधको रूपमा परिभाषित गरेको उपद्रव वा बिज्याईं गर्ने व्यक्तिले सो कार्य दोषी मनोभावनासहित गरेको अवस्थामा सो गरेबापत उसलाई दायित्व वहन गराइन्छ। त्यस्तो कार्य गर्ने व्यक्तिलाई सामान्यतया आपराधिक दायित्वबाट छुट हुन सक्दैन। कतिपय अवस्थामा कानूनले नै त्यस्तो निषेधित कार्य गर्ने व्यक्तिको हैसियत वा त्यस्तो आपराधिक कार्य हुँदाको खास अवस्था वा परिस्थिति उल्लेख गरी त्यस्तो हैसियत भएको व्यक्तिले आपराधिक कार्य भनी परिभाषित गरिएको कुनै कार्य गरेमा वा त्यस्तो खास अवस्था वा परिस्थितिमा अपराध भनी परिभाषा गरिएको कार्य भएमा सो कार्य गर्ने व्यक्तिलाई आपराधिक दायित्व वहन नगराउने सिद्धान्त फौजदारी विधिशास्त्रमा विकासित हुँदै गएको छ। यसलाई सामान्य प्रतिरक्षाको सिद्धान्त (Principle of General Defence) पनि भनिन्छ।[36]

त्यसरी दायित्व वहन सम्बन्धमा प्रदान गरिने छुट पूर्ण वा आंशिक दुबै हुन सक्दछ। आपराधिक दायित्वको अपवादका रूपमा सजायबाट छुट वा उन्मुक्तिको दावी गर्ने (Defence) सम्बन्धमा विभिन्न सिद्धान्तहरू विकसित हुँदै आएका छन्। ती सिद्धान्तहरूले मूलतः आपराधिक दायित्व निर्धारण गर्ने सम्बन्धमा कर्ताको मनसाय तत्वलाई गम्भीरतापूर्वक विचार गर्न उत्प्रेरित गर्दछन्। त्यस्ता सिद्धान्तहरूलाई राष्ट्रिय कानूनमा समेत समावेश गर्ने क्रम बढ्दै गएको छ।

त्यसैगरी देवानी दायित्व वहनका सन्दर्भमा समेत केही अपवादात्मक व्यवस्थाहरु रहेका छन्। कतिपय परिस्थितिमा एउटाले गरेको दुष्कृतिजन्य कार्यबाट भएको हानि नोकसानीको दायित्व अर्कोले वहन गर्नुपर्ने अवस्था रहन्छ। यसमा मूलतः घरको मुख्य व्यक्ति, संरक्षक, माथवर, सम्पत्ति धनी वा संस्थालाई दायित्वाधिन बनाउने गरिन्छ। प्रचलनमा रहेका त्यस्ता केही अपवाद र त्यसका आधारमा विकसित प्रतिरक्षासम्बन्धी सिद्धान्तहरूलाई विद्यमान नेपाली कानूनको सापेक्षतामा उल्लेख गर्नु सान्दर्भिक हुने देखिन्छ।

---

[36] MICHAEL J. ALLEN, ELLIOT AND WOOD'S CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL LAW 283 (Sweet & Maxwell, 2001).

साविकको कानूनी व्यवस्थामासमेत सर्वसाधारणको हितको लागि वा असल नियतले दोष लगाउने कुरालाई बेइज्जती गरेको नमानिने व्यवस्था गाली बेइज्जतीको ऐन, २०१६ को दफा ४ ले गरेको थियो। त्यसैगरी दफा ९ ले मामुली गाली बेइज्जती वा अपमान हुने कामलाई कसुर नमानिने व्यवस्था गरेको थियो। हालको मुलुकी अपराध संहिताको दफा २७ मा मामुली हानि नोकसानी भएकोमा कसुर नहुने व्यवस्था गरिएको छ भने भाग- ३, परिच्छेद-२ अन्तर्गतको दफा ३०६ को उपदफा (३) मा सर्वसाधारणको हितका लागि, सार्वजनिक हित, सदाचार वा नैतिकताको लागि असल नियतले, निजी हितको लागि, अनुसन्धान वा अभियोग लगाउने प्रयोजनका लागि गरिएका कार्यलाई बेइज्जती नमानिने भनी बाहेक गरिएको छ। त्यसैगरी कानूनबमोजिम अधिकार प्राप्त अधिकारीले आफ्नो अधिकारको प्रयोग गर्ने सिलसिलामा गरेको कार्यलाई पनि उपद्रवका रुपमा वा दुष्कृतिका रुपमा लिन मिल्ने हुँदैन। तर यसलाई निरपेक्ष रुपमा लिन नमिल्ने सम्बन्धमा यस अघि नै विवेचना गरिएको छ।

मानसिक अवस्था फौजदारी दायित्त्वबाट उन्मुक्ति पाउनको लागि कुनै काम गर्दाका बखत मानसिक अस्वस्थताको कारणले त्यस्तो कामको प्रकृति, गुण, दोष वा परिणाम बुझ्न नसक्ने गरी होस ठेगानमा नरहेको अवस्था (Legal Insanity) हुनुपर्दछ।

८. निष्कर्ष

वास्तवमा उपद्रवसम्बन्धी कानूनलाई आफैमा अलिखित कानूनका रुपमा विकसित हुँदै गएको कानूनका रुपमा लिइन्छ र यसको विकासमा न्यायिक व्याख्याले समेत महत्त्वपूर्ण योगदान पुऱ्याएको छ। तर पछिल्लो समयमा उपद्रवजन्य क्रियालाई नियन्त्रण गर्न, त्यस्तो कार्यबाट पीडित पक्षलाई क्षतिपूर्ति प्रदान गर्न र उपचार प्रदान गर्ने संयन्त्र र प्रक्रिया निर्धारण गर्नका लागि लिखित कानूनी प्रबन्ध गर्न थालिएको छ। त्यसैगरी वातावरणका प्रति आम चासो र सरोकारसमेत अभिव्यक्त हुन थालेको नवीनतम परिवेशमा वातावरणीय दृष्टिले अनुभूत गरिने असुविधा र हानि नोकसानीसँग जोडिएर उपद्रवका नयाँ आयामहरु थपिँदै गएको पाइन्छ।

नेपालका सन्दर्भमा के कुन कानूनले गरेका व्यवस्थाहरु उपद्रवसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था हुन् भनी स्पष्टसँग भन्न सकिने अवस्था छैन। तर उपद्रवजन्य क्रिया र त्यसका विविध आयामहरुसँग निकट देखिएका कसुर तथा कार्यहरुलाई सम्वोधन गर्ने गरी विभिन्न कानूनमा छरिएर रहेका विभिन्न व्यवस्थालाई आधार बनाएर अध्ययन गर्न सकिने देखिन्छ। त्यसैले उपद्रवजन्य कार्यको प्रकृति र चरित्रलाई आधार बनाएर **नेपालको कानूनी व्यवस्था** शीर्षकमा उपद्रवजन्य कार्यसँग सम्बन्धित विभिन्न कसुर र तत्सम्बन्धी कानूनी व्यवस्थाका बारेमा उल्लेख गरिएको छ। तर एउटै विषयसँग सम्बन्धित देखिएका ती कानूनी व्यवस्थाहरु त्यसरी छरिएर रहनु भनेको त्यसको कार्यान्वयनका दृष्टिले आफैमा एउटा जटिलतम अवस्था हो भन्नु अत्युक्ति हुँदैन। त्यस्तो अवस्थाले स्वाभाविक रुपमा कानूनको जानकारी लिने, प्रयोग गर्ने, व्याख्या गर्ने र परिमार्जन गर्ने लगायतका कानूनको विकाससँग सम्बन्धित प्रकृयाहरुलाई समेत कठिन तुल्याउँछ।

अधिकारक्षेत्रका दृष्टिले हेर्दा अभद्र व्यवहारसम्बन्धी मुद्दा जिल्ला प्रशासन कार्यालयको क्षेत्राधिकार अन्तर्गत पर्ने तर सोही प्रकृतिको मुद्दामा पटके अपराध भएको भनी थप सजाय (मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ को दफा ४४) को मागदावी रहेको अवस्थामा जिल्ला अदालतले क्षेत्राधिकार ग्रहण गर्नुपर्ने गरी गरिएको व्यवस्थाले एकातर्फ द्विविधा उत्पन्न गराउन सक्ने र अर्कोतर्फ कानूनको प्रयोगमा एकरुपता कायम गर्ने प्रकृयालाई समेत अवरुद्ध तुल्याउन सक्ने जोखिम रहन्छ।

मुलुकी देवानी संहितामा पहिलो पटक दुष्कृतिसम्बन्धी कानूनी व्यवस्था गरिएको भए पनि पीडित पक्षलाई त्यसको प्रयोगमा उत्प्रेरित र अभ्यस्त गराउने प्रकृया भने दुरुह देखिएको छ। त्यसैगरी सार्वजनिक उपद्रव र स्ट्याच्युटरी उपद्रव सम्बन्धमा पनि त्यस्ता कार्यलाई चुनौती दिने र आफूलाई पुगेको क्षतिका आधारमा क्षतिपूर्ति माग गर्ने जस्ता प्रकृयामा सम्बन्धित पक्ष अझैसम्म जागरुक भैसकेको पाइँदैन।

नेपालले पुराना कानूनी व्यवस्थालाई विस्थापित गरी भर्खर मात्र संहिताबद्ध कानूनी प्रबन्ध गरेको र संहिता कार्यान्वयनको अत्यन्त प्रारम्भिक चरणमा रहेकाले अहिले नै त्यसका कमी कमजोरीहरु औंल्याउनु हतार हुन जान्छ। कानूनको प्रयोग गर्दै जाँदा देखिने समस्याले नै सुधार र परिमार्जनका क्षेत्रहरु पनि स्वाभाविक रुपमा उजागर हुँदै जाने हुन्छ।

उपद्रव र दुष्कृतिसम्बन्धी नवीनतम कानूनी व्यवस्थाकै सन्दर्भमा न्यायिक व्याख्यासमेत भैसकेको अवस्था छैन। विगतका कानूनी व्यवस्थामा आधारित भई गरिएको न्यायिक व्याख्याले कानूनको परिमार्जन र प्रयोगमा महत्त्वपूर्ण योगदान पुऱ्याएको यथार्थलाई नकार्न नसकिने भए पनि परिवर्तित कानूनी व्यवस्थाको सापेक्षतामा हुने व्याख्याको प्रतिक्षा गर्नु नै अहिलेका लागि वाञ्छनीय देखिन्छ।

दुष्कृति (अपकृत्य) मा दायित्व

डा. राजेन्द्र कुमार आचार्य*

१. विषय प्रवेश

कुनै पनि व्यक्तिले गरेका कृत्य एवम् लोपहरू *(आलेखमा कृत्य मात्रै भनेर उल्लेख गरिएको छ। कृत्यमा लोप पनि साथै रहेको छ)* यदि दोषयुक्त छ भने सामान्यतया दुई प्रकारका अवस्थाहरू देखा पर्दछन्-अपराध र अपकार (दुष्कृति)। यी दुवै प्रकृतिका कृत्यहरूले अधिकार र कर्तव्यको उल्लंघन गरेका हुन्छन्। अपराधका सम्बन्धमा राज्यद्वारा कसुर भनेर घोषणा नगरेसम्म दण्डनीय कारवाही हुन सक्दैन। त्यसैले अपराध संसदीय दायरा (Domain) अन्तर्गतको विषय मानिन्छ। अपकारको सम्बन्धमा भने संसदले कुनै कानून पारित गरोस् वा नगरोस् केही फरक पर्दैन। अदालतले आफूमा अन्तरनिहित न्यायिक शक्ति प्रयोग गरेर न्याय प्रदान गर्दछ। त्यसैले अपकार न्यायिक क्षेत्र (Judicial Domain) अन्तर्गतको विषय मानिन्छ। जे सुकै भए पनि कुनै पनि व्यक्तिले दोषयुक्त कार्य गर्दछ भने उसले आफूले गरेको कृत्यको परिणाम भोग्नु पर्दछ। यसैलाई सरल भाषामा दायित्व भनेर भनिन्छ। दायित्व एक त्यस्तो बन्धनयुक्त कडी हो जुन अपकारकर्ता र कृत्यको परिणामका बीचमा अन्तरनिहित रहेको हुन्छ। अझ सरल भाषामा यदि व्यक्तिको अधिकार जव कर्तव्यको अधीन पुग्दछ भने त्यसलाई दायित्वको श्रेणीमा राखिन्छ। दायित्व हानि, असुविधा, लाभ एवं अवसर आदिमा समेत सम्मिलित रहेको हुन्छ।

कानूनी रूपमा उत्तरदायीको अर्थ कानूनअनुसार जिम्मेवरिता वा जवाफदेहिता एवम् कानूनी रूपबाट बाध्यकारी हुने अवस्थालाई बोध गर्दछ। कानूनी दायित्व नागरिक/देवानी कानून एवम् आपराधिक कानून दुवैसँग सम्बन्धित रहदै दायित्व कानूनका विभिन्न क्षेत्रहरूबाट उत्पन्न हुन सक्छ। यस्ता क्षेत्रहरू जस्तैः करार/अनुबन्ध, दुष्कृति, कर या सरकारी एजेन्सीहरूद्वारा निर्धारित गरिएको दण्ड जरिवाना आदि हुन सक्छन्। दावीकर्ता त्यो हुन्छ जसले दायित्व स्थापित गर्न वा साबित गर्न चाहन्छ। अर्को पक्षले दायित्व नभएको जिकिर गर्दछ।

यस पृष्ठभूमिमा प्रस्तुत लेखमा दुष्कृतिजन्य कृत्यमा व्यक्ति के कसरी दायित्वाधीन हुन्छ भन्ने विषयमा चर्चा गर्ने प्रयास गरिएको छ।

२. दायित्वको अर्थ र क्षेत्र

विधिशास्त्रमा दायित्व शब्दको मुख्य रूपमा निम्न अर्थ बोध हुने गरी व्याख्या गर्ने गरिन्छ।

क) कुनै पनि व्यक्तिलाई प्रस्तावित कार्य गर्ने शक्ति छ भनेर भनिन्छ भने उसलाई सो कार्यमा गर्नमा प्रभावित गर्न सकिदैन।

* माननीय जिल्ला न्यायाधीश, जिल्ला अदालत।

ख) यदि कसैको अधिकारलाई परिवर्तित गर्न सकिन्छ भने सो दायित्वको अधीनमा रहेको छ भन्ने हुन्छ। यसको तात्पर्य प्रस्तावित व्यक्तिको प्रस्तावित कार्य अहितकारी छ भन्ने हुन्छ।

प्रस्ताविक कार्य गर्न नसक्नुको तात्प अरू उसको अधीन छन् भन्ने हुन्छ भने प्रभावित गर्न सक्नु मतलव उ अरूको अधीन छ भन्ने हुन्छ। अधीनस्थताले अधिकार र कर्तव्यलाई संकेत गर्नछ। अर्को अर्थमा सामर्थ्यलाई समेत संकेत गरिराखेको हुन्छ। दायित्व खास प्रकारको बन्धन हो। यस्तो बन्धनलाई कानूनले संरक्षण प्रदान गरेको हुन्छ। दायित्व शब्दले कानूनी संकल्पनालाई परिलक्षित गर्दछ। कुनै पनि व्यक्ति दायित्वको अधीन भयो भन्नुको मतलव उसको कानूनी अधिकारयुक्त कल्पना अर्काको शक्तिको अधीन हुन पुग्यो भन्ने हुन्छ। व्यक्तिको अधिकारमा हुन गएको अंकुशले दायित्वलाई प्रदर्शन गर्दछ। उदाहरणको लागि यदि कसैले अमुक चिजवस्तु हस्तान्तरण गर्दछु भनेर कानूनी रूपमा घोषणा वा प्रतिज्ञा गर्‍यो भने ऊ निम्न कर्तव्यमा अधीन हुन पुग्दछ-

क) निर्धारित समयमा हस्तान्तरण गर्न

ख) सही एवम् सद्दे अवस्थामा हस्तान्तरण

ग) कुनै गोप्य खरावी भए सो विषयमा जानकारी दिन

घ) प्रस्तावित चिजवस्तुको बारेमा गफलतमा पारिएको छैन। धोकाको गुन्जाइस छैन भन्ने कुराको प्रत्याभूति

उल्लिखित अवस्थामा संप्रतिज्ञात्मक कानूनअनुसार उपचार प्राप्त हुने रहेछ भने सो अनुसार उपचार प्राप्त भएन वा प्राप्त हुन सक्ने अवस्था भएन भने दुष्कृतिका लागि उत्तरदायी हुनुपर्दछ। दुष्कृतिमा धोका (Fraud) को साथमा अन्य क्षतिपूर्तिजन्य कारवाहीमा उत्तरदायी हुनुपर्दछ। घोषणा गर्नेले जुन सिद्धान्त वा अवस्थाको उल्लंघन गरेको हुन्छ सो अवस्थाबाट उत्पन्न भएको परिणामप्रति जवाफदेही हुनुपर्दछ। सरल भाषामा यो नै दायित्व हो। एक व्यक्तिको अधिकार अर्काको कर्तव्य हुन्छ। जसमा कर्तव्य अधिरोपित हुन्छ उ दायित्वाधीन हुनुपर्ने हुन्छ।

कुनै पनि व्यक्ति तव मात्र दायित्वाधीन भएको मानिन्छ जब उ कानूनी रूपमा कुनै काम गर्न वा कुनै कुरा वहन गर्न वा क्षतिपूर्ति उठाउनमा आवद्ध हुन जान्छ। कहिलेकाहीँ दायित्वको प्रयोग सास्तिको (Penalty) रुपमा पनि प्रयोग हुन जान्छ।

३. दायित्वको आधारहरू

दायित्वलाई समाजशास्त्रीय दृष्टिकोणबाट हेर्ने हो भने यसको मूल आधार भनेको समाजको स्वीकृत मूल्य र मान्यता नै हो। समाजमा रहेका व्यक्तिहरू आफू पूर्ण रुपमा सुरक्षित छु भन्ने महसुस गरी राखेका हुन्छन्। असुरक्षाको वातावरणमा समाजमा रहेका कानूनी मूल्य मान्यताहरूले उसलाई उपचार प्रदान गर्दछ भन्ने अपेक्षा गरी राखेको हुन्छ। समाजमा रहेका मानिसहरूले एक अर्कामा कसैमाथि पनि मनसायपूर्वक अत्याक्रमण (Intentional Aggression) गर्दैनन् र सबैजना अनुशासित छन् भन्ने ठानेका हुन्छन्। कुनै पनि

व्यक्तिले जे काम गरे पनि काम गर्नेले उचित सावधानी अपनाएर गर्दछ वा गरिराखेको छ भन्ने अनुमान गरिन्छ। जस्तै कसैले रूख ढाली राखेको छ भने रूख ढल्न लागेको अवस्थामा रूख ढाल्नेले वरिपरि रहेका व्यक्तिहरूलाई रूख ढल्न लागेकोले सो क्षेत्रमा नजान वा नआउन भनेर सूचना टाँस गरेको वा जानकारी गराएको हुनुपर्दछ भन्ने विश्वास एवम् अनुमान गरिएको हुन्छ। यदि सो गरेन भने रूख ढल्ने क्रममा अरू कसैलाई हुन गएको हानि नोकसानीमा जवाफदेही हुन्छ।

समाजमा व्यक्तिले संकलन गरेमा सामग्रीहरू अरूलाई हानि गर्ने अवस्थाको हुनु हुँदैन। यदि हानि गर्ने खालका छन् भने उचित सुरक्षा सावधानी अपनाएर राखेको छ भन्ने मानिन्छ। जस्तैः कसैले कुनै विष्फोटक पदार्थ ल्याएको छ भने सो अरूलाई हानि नगर्ने हिसावले राख्नुपर्दछ। कथंकदाचित सो पडकिएर कुनै हानि नोकसानी पुऱ्यायो भने निज जवाफदेही हुनुपर्दछ।

समाजको मूल्य र मान्यताको उल्लंघन गरिन्छ भने सो उल्लंघनकर्ता कानूनी रूपमा क्षतिपूर्ति गर्नमा दायित्वाधीन हुनुपर्दछ। सामाजिक मूल्य र मान्यताहरूलाई कानूनले मान्यता प्रदान गरेका हुन्छ भने कतिपय मूल्य र मान्यताहरू आफैमा कानून सरह हुन्छन्। ती मान्यताहरूलाई विधायिकाले अनुमोदन गरिरहन जरुरत पर्दैन। जस्तैः कुनै जोखिमयुक्त जनावर ल्याउछ वा राख्छ वा सो जनावरको नजिक जान्छ भने सो उसले आफ्नो जोखिममा गरी राखेको हुन्छ। आफूले आफैलाई जोखिममा जानाजानी पारे पनि अरूलाई जोखिममा पार्न पाइँदैन। यो विषयलाई विधायिकले पारित गरेको कानूनी दफाहरूमा कहीं कतै पनि लेखिएन भने पनि सो कानून सरहको मूल्य मान्यता हो।

आधुनिक राज्यहरू लोक कल्याणकारी राज्य हुन् भनेर मानिने हुनाले वर्तमानमा दायित्वको आधार राज्यसँगको सम्बन्धबाट पनि श्रृजित हुन्छ। राज्य आफैमा दायित्व वहन गर्ने संस्था हो। राज्यले आफ्नो दायित्वबाट कुनै पनि वहानामा पन्छिन पाउदैन। यही मान्यताबाट राज्यको उत्तरदायित्वको सिद्धान्तको विकास भएको छ। कामदार एवम् नोकरप्रतिको राज्यको दायित्व सम्बन्धबाट सिर्जना भएको दायित्व हो। राज्यका निकायगत अन्तरसम्बन्ध पनि राज्य सम्बन्धबाट सृजित हुने दायित्वका आधारहरू हुन्।

४. दुष्कृति दायित्व (Tortious Liability)

दुष्कृतिमा रहेका विभिन्न दायित्वहरूको अवस्थाको बारेमा चर्चा गर्नु पूर्व दुष्कृतिजन्य दायित्वको बारेमा जानकार हुन जरुरी देखिन्छ।

दुष्कृति आफैमा एक दायित्व हो। दुष्कृतिमा जब दायित्वको बारेमा निर्णय गर्नुपर्ने हुन्छ, त्यस अवस्थामा प्रस्तावित विषयवस्तु कानूनद्वारा व्यवस्थित गरिएको अधिकार एवम् कर्तव्यको परिधिमा छ छैन भनेर हेर्नुपर्ने हुन्छ। दुष्कृतिमा दायित्व जहिले पनि अनिर्धारित (Unliquidated) हुन्छ। यदि कुनै ऐन कानूनद्वारा दायित्व निर्धारण (Liquidated) गरिएको छ भने सो दुष्कृतिको दायरामा नआउने पनि हुन सक्छ। यदि

दुष्कृतिको दायरामा आयो भने पनि सो सांविधिक/कानूनी अन्तर्गतको दुष्कृतिजन्य (Statutory Tort) दायित्वमा पर्दछ। दुष्कृतिमा क्षतिपूर्ति जहिले पनि अदालतले निर्धारण गरेबमोजिम हुन्छ।

वर्तमान समयमा व्यक्तिहरू लापर्बाही वा हेलचेत्र्याइँपूर्ण (Careless Act) कार्यबाट वा जानाजानी गरिएको कार्यहरूबाट (Intentional wrongs) पीडित भइराखेको अवस्था देखिन्छ। यसका धेरै परिणामहरू निस्कने हुन्छ। सो मध्येको एक दुष्कृति हो। दुष्कृतजन्य दायित्व हो होइन भनेर निक्यौंल गर्न निम्न चरण वा अवस्था छ छैन भनेर हेर्नुपर्ने हुन्छ।

क) दुष्कृतिकर्ताको (Wrongdoers) अरूप्रति सम्यक सावधानी अपनाउने (Reasonable Duty of Care) वा अरूको अधिकारमा सम्मान गर्नुपर्ने कर्तव्य थियो वा थिएन,
ख) दुष्कृतिकर्ताले (Wrongdoers) आफ्नो कर्तव्य पालनमा कुनै गल्ती (Breach of Duty) गऱ्यो गरेन,
ग) अमुक कृत्यमा कुनै कानूनद्वारा सम्बोधन छ छैन,
घ) अमुक कार्यलाई अदालतको अनिर्धारित क्षतिपूर्तिको दायरामा ल्याइएको छ छैन,
ङ) अमुक कार्यबाट पीडितको कानूनी क्षति भएको हो होइन र सो क्षति दूरवर्ति प्रभाव[1] (Remoteness) छ छैन आदि।

उल्लिखित प्रश्नहरूलाई मध्यनजर गरी नतिजा पीडितको पक्षमा सकारात्मक रुपमा आयो भने दुष्कृतिजन्य दायित्वको जन्म हुन्छ।

दुष्कृतिमा दावी गरिएका दायित्वहरू निर्धारण गर्ने क्रममा सुरक्षा हित एवम् कार्य गर्ने स्वतन्त्रताको आधार पनि हेरिन्छ। व्यक्तिले गरेका कार्यहरू दोषयुक्त छन् भने दायित्व वहन गर्नुपर्दछ भन्ने पुरानो मान्यता रहिआएकोमा वर्तमानमा सो मान्यतामा परिवर्तन भएअनुसार विना दोष पनि उत्तरदायी हुनुपर्दछ भन्ने सिद्धान्त स्वीकार गरिएको छ। कुनै पनि हानिको अर्थ अधिकारको हस्तक्षेप हो। अधिकारमा हस्तक्षेप भएको देखिन्छ भने आर्थिक रूपमा कुनै नोक्सान नभएको अवस्थामा पनि उत्तरदायी हुनुपर्ने हुन्छ। कानूनी अधिकारमा हस्तक्षेप छैन भने जतिसुकै आर्थिक हानि नोकसानी भए पनि उत्तरदायी हुनु पर्दैन।

---

[1] क्षतिको दूरस्थता करार र दुष्कृति दुवैमा आकर्षित हुन्छ। क्षतिको दूरस्थता कानूनी परीक्षणसँग सम्वन्धित विषय हो। यसमा प्रस्तावित कार्य कर्तव्यको उल्लंघनबाट भएको हो होइन भन्ने प्रश्नबाट क्षतिको दूरस्थता हो होइन भन्ने निष्कर्षमा पुग्न सघाउ हुन्छ। क्षतिको दूरर्थताको बारेमा युक्तियुक्त पूर्वानुमानको सिद्धान्त, प्रत्यक्षताको सिद्धान्तलगायतका कैंयन सिद्धान्तहरू रहेका छन्। क्षतिको दूरस्थताको बारेमा कैंयन फैसलाहरू रहेका छन्। व्याख्या विश्लेषण एवम् अवधारणाको लागि अध्ययन गर्नुहोस- *Bourhill vs. Young* [1943] AC 92, 108; *Glasgow Corp v. Muir* [1943] AC 448; *Greenland v. Chaplin* (1850) 5 Ex 243; *Hughes v. Lord Advocate*[1963] AC 837; *Jolley v. Sutton London Borough Council* [2000] 1 WLR 1082; *King v. Sussex Ambulance NHS Trust* [2002] EWCA Civ 953 ; *Lamb v. London Borough of Camden* [1981] QB 625 ; *McKew v. Holland & Hannan Ltd.* [1969] 3 All ER 1621; *Overseas Tankship (UK) Ltd v. Morts Dock and Engineering Co Ltd* [1961] AC 388; *Re Polemis & Furniss v. Withy & Co Ltd* [1921] 3 KB 560; *Re Polemis* [1921] 3 KB 560; *Scott v. Shepherd* (1772) 95 ER 525; *Smith v. Leech Brain & Co* [1961] 2 QB 405; *Smith v. The London and South Western Railway Company* (1870–71) LR 6 CP 14; *Tremain v. Pike* [1969] 1 WLR 1556.

दुष्कृतिलगायत अन्य विधाहरूमा पनि दायित्वको विषय व्याख्या गर्दा कार्य स्वैच्छिक रहेको वा कानूनी बलद्वारा निर्धारित के हो भन्ने पनि हेरिने हुन्छ। जस्तैः कसैले आफैलाई करारीय विषयवस्तुमा सहमति जनाएर आफूलाई दायित्वाधीन गराएको हुन सक्छ। यदि सो स्वेच्छाले स्वीकार गरेको दायित्वको परिपालना गरेन भने कानूनले उसलाई करार उल्लंघनमा उत्तरदायी बनाउन सक्छ।

त्यसैगरी दायित्व स्वेच्छाबाट आफूलाई सर्मपण गरेको होइन भने प्रस्तावित व्यक्ति वा अधिकार तथा कर्तव्यको अनुपालनमा हुन गएको दोषको कारण दायित्वाधीन बन्न गएको हुन सक्छ। सामान्य कानून (Common Law) अनुसार निर्धारण गरिएका कर्तव्यहरू पूरा नगरेको कारण दायित्व वहन गर्नुपर्ने अवस्था सिर्जना भएको हुन सक्छ। सामान्य कानूनअनुसार निर्धारण गरिएका अधिकार र कर्तव्य पालनमा हुन गएका त्रुटिहरू कानूनी रूपमा दायित्वको आधार बन्न गएका हुन्छन्। कानूनले नै दायित्व निर्धारित गरेको हुन्छ। दुष्कृति कानूनको सन्दर्भमा व्याख्या एवम् विश्लेषण गर्दा ख्याल गर्नुपर्ने तथ्य दुष्कृतिजन्य दायित्व कानूनी दायित्व होइन। यसर्थ विधायिकाले कुनै कर्तव्य निर्धारण गरेको रहेनछ भने पनि अदालतले आफै कर्तव्य निर्धारण गर्न सक्छ। जस्तैः कुनै व्यक्ति भाडामा बसेको छ भने उसले सो घरको सुरक्षा तथा आवश्यक मर्मत सम्भारको पनि कर्तव्य स्वतः समाहित रहेको हुन्छ। भाडामा बसेको घर भनेर सुरक्षा सावधानीलाई ख्याल नगरिकन मानौ बगिराखेको कुलोको पानी वा ढलको पानी घर क्षेत्रमा लगायो कुलो वा ढल रोकेन परिणामत घरलाई असर पऱ्यो भने भाडामा बसिराखेको व्यक्ति उत्तरदायी हुनुपर्दछ। यो व्यवस्था कानूनमा नभएको भए पनि अदालतले सुरक्षाको कर्तव्यमा हुन गएको भन्ने आधारमा क्षतिपूर्तिको आदेश जारी गर्दछ।

दायित्वको क्षेत्र विस्तृत रहेको छ। यस अन्तर्गत सबै प्रकारका ऋण, बन्धन एवम् उत्तरदायित्व रहेका छन्। दायित्व पूर्ण, समाश्रित या सम्भावनायुक्त पनि हुन सक्छ। दायित्व कहिलेकाहीँ संयुक्त एवम् अलग अलग (Joint and Several) पनि हुन सक्छ। यदि दुई वा बढी प्रतिवादी एक अविभाज्य हानि नोकसानीको लागि उत्तरदायी छन् भने प्रतिवादीहरू संयुक्त रूपमा वा अवस्थाअनुसार छुट्टाछुट्टै रुपमा पनि हुन उत्तरदायी हुन्छन्। प्रत्येक दोषको व्यक्तिगत मात्राअनुसार प्रतिवादी संयुक्त रूपमा वा अलग अलग रूपमा पूरै क्षतिपूर्तिको लागि पनि उत्तरदायी हुनुपर्छ।

अध्ययन सरलीकृत गर्नको लागि दायित्वलाई देवानी र फौजदारी भनेर भन्ने गरिन्छ। देवानी दायित्वमा दुष्कृतिको दायित्व स्वतः समाहित छ। किनकि दुष्कृति भनेको नै देवानी गल्ती (Civil Wrong) हो[2]। दायित्वका सम्बन्धमा धेरै सिद्धान्तहरू रहेका छन्। प्रस्ताव गरिएको विषयवस्तुमा कुन सिद्धान्त लाग्ने भन्ने सम्बन्धमा विषयवस्तु र कानूनको प्रकृतिका आधारमा निर्धारण हुन्छ। उदाहरणको लागि संविदात्मक विवादमा करारीय, दुष्कृतिका सम्बन्धमा हेलचेक्र्याइँ (Negligence), स्वतः हेलचेक्र्याइँ (Negligence *per se*),

[2] Torts are “civil wrong[s], other than breach[es] of contract, for which the court will provide a remedy.”- PROSSER AND KEETON, THE LAW OF TORTS, 2 (5th ed., 1984). Indian Limitation Act 1963, Sec. 2 (m); WINFIELD & JOLOWICZ, TORT 3(12th ed., 1984); SALMOND & HUESTON, LAW OF TORTS 14-15 (20th eds.,1992).

उत्तरदाता श्रेष्ठ (Respondent superior), परदायित्व (Vicarious Liability), कठोर दायित्व (Strict Liability), पूर्ण दायित्व (Absolute liability) या जानीबुझी गरिएको आचरण (Intentional Conduct *i.e.* Fault Liability) आदि विभिन्न सिद्धान्तहरू रहेका छन्। दावीकर्ताले कुन दायित्व अन्तर्गत दावी गरेको भन्ने स्थापित गर्नुपर्ने हुन्छ।

दावी गरिएका प्रत्येक दायित्वसम्बन्धी सिद्धान्तका केही शर्तहरू रहेका छन् जसलाई दायित्व स्थापित हुनुपूर्व दावीकर्ताले स्थापित गर्नुपर्ने हुन्छ। जस्तै-

- प्रतिवादीको कर्तव्य भए नभएको,
- प्रतिवादीले आफूले पालन गर्नुपर्ने कर्तव्यलाई उल्लंघन गरेको नगरेको,
- प्रतिवादीले कर्तव्य पालनमा गरेको गल्तीको कारण वादीलाई हुन गएको हानि नोकसानी,
- अमुक हानि नोकसानी उपचारयोग्य भए नभएको अवस्था।

दुष्कृतिमा कुनै पनि कार्यका सम्बन्धमा उत्तरदायी बनाउन कार्य र परिणामका बारेमा मूलभूत रुपमा दुईवटा सिद्धान्तहरूलाई प्रमुखताका साथ हेरिन्छ। ती हुन् :

(क) बिना हानिको क्षति (Injuria sine damnum)

विना हानिको क्षतिले अधिकारमा आघात पारेको अवस्था भन्ने अर्थ बोध गर्दछ। क्षतिले कानूनी क्षतिलाई बुझाउँछ। बिना हानिको क्षतिले व्यक्तिको पूर्ण निजी अधिकारको (Absolute Private Right) उल्लंघन (Infringement) भएको अवस्थालाई संकेत गर्दछ। यसमा मौद्रिक रुपमा कति क्षति भएको थियो भनेर प्रारम्भमा हेरिदैन। कहिलेकाहीँ मौद्रिक रूपमा क्षति नभएको पनि हुन सक्दछ। व्यक्तिको सम्पत्तिमाथिको अधिकार, स्वतन्त्रता आदि अधिकारमा मौद्रिक क्षति नभए पनि कानूनी क्षति भएको हुन्छ। यस्तो पूर्ण अधिकारमा क्षति हुनासाथ स्वतः कारवाहीयोग्य (*Actionable per se*) हुन्छ। स्वतः कारवाहीयोग्य विषयमा क्षतिको वास्तविकता आवश्यकता पर्दैन[3]। कानूनी क्षतिको बारेमा प्रसिद्ध *आसबि वि. ह्वाइट*को (Ashby v. White)[4] मुद्दालाई लिन सकिन्छ। यस मुद्दामा वादी संसदीय निर्वाचनको एक मतदाता भएकोमा प्रतिवादी निर्वाचन अधिकारीले वादीलाई गलत ढङ्गबाट मत दिनबाट बञ्चित गरे। आफ्नो मताधिकारको प्रयोगको अधिकारमा क्षति भएको भन्ने आधारमा चलाइएको कारवाहीमा अदालतले सो कुरालाई स्वीकार गऱ्यो।

[3] डा. राजेन्द्र कुमार आचार्य, दुष्कृति कानून, ४३ (श्रीमती पार्वती आचार्य, २०७६)।

[4] *Ashby vs. White (1703) 92 ER 126, (1703) 2 Ld Raym 938. भारतमा यस्तै अवस्था Municipal Board* of *Agra v. Ashrfi Lal* (1921) 44 All 202 को मुद्दामा रहेको छ। यसमा गलत ढङ्गबाट वादी नाम भोटर लिष्टबाट हटाइएको थियो। यसमा कानूनी अधिकारको क्षति भएको भन्ने *Ashby v. White* को सिद्धान्त अनुसरण गरियो।

त्यसैगरी खातामा पैसा हुँदाहुँदै पनि बैङ्कले चेक अनादर गरेमा[5] पनि विना हानिको क्षतिको अवस्था उत्पन्न हुन्छ। भारतमा विना हानिको क्षतिको सम्बन्धमा विधायकलाई विना कारण विधानसभामा भाग लिनबाट बञ्चित पार्न गिरफ्तार गरेको अवस्थाबाट विधायकको संवैधानिक एवम् कानूनी हकको उल्लंघन भएको भनि निर्णय भएको छ।[6]

(ख) बिना क्षतिको हानि (Damnum Sine Injuria)

कहिलेकाहीँ प्रतिवादीको कार्यको कारण वादीलाई भारी मात्रामा आर्थिक क्षति भएको हुन सक्छ। तर पनि वादीलाई उपचार प्राप्त हुँदैन। यसलाई विना क्षतिको हानि भनेर भनिन्छ। यसको मतलव कानूनी गल्ती विनाको क्षति (Harm without Legal Wrong) भनेर बुझिन्छ। यस्तो अवस्था वादीको हित (Interest) त भएको तर त्यस्तो हित कानूनद्वारा संरक्षण नभएको भन्ने हुन्छ। उदाहरणको लागि काठमाडौ नयाँ सडकमा एक गुदपाक पसल निकै चलेको छ। सो पसलमा गुदपाक किन्नको लागि लामो लाइनसमेत लाग्नु पर्दथ्यो। यसै बीचमा अर्को एक जनाले सोही गुदपाक पसलको नजिकमा अर्को गुदपाक पसल खोलिदियो। जसको कारण पहिलेदेखि चलिराखेको गुदपाक पसलको आम्दानी घटन गयो। ग्राहकहरू अर्को पसलमा जान थाले। अर्को पसलले राम्रो गुणस्तरीय गुदपाक उत्पादन गर्यो। हुँदाहुँदा पुरानो पसललेले आफ्नो पेसा नै परिवर्तन गर्नुपर्ने सम्मको अवस्था आउन थाल्यो। यस अवस्थामा पुरानो पसलेलाई आर्थिक रूपमा नराम्रो नोक्सान लाग्यो तर पनि सो पसलेले मेरो नजिक पसल नखोलेको भए मलाई घाटा लाग्ने थिएन भन्न पाउदैन। उसले मेरो नजिक पसल नखोलेको भए मेरो आम्दानी घटने थिएन भनेर भन्न पाउँदैन। सामान्यतः उसलाई भएको घाटा गणितीय रूपमा हिसाव गरेर निकाल्न पनि सकिन्छ। उसको हितलाई प्रत्यक्ष असर पनि परेको अवस्था छ तर कानूनी रूपमा उसले उपचार पाउँदैन किनकि उसको कानूनी रूपमा कुनै हानि नोकसानी भएको छैन।[7] त्यस्तै विभिन्न प्रकृतिका विभिन्न अवस्थाहरू व्यवहारमा देखिने गरेका छन्। जस्तैः

(क) व्यापारिक प्रतिष्पर्धामा दुष्कृति हुँदैन।[8]

(ख) प्रतिवादीको चलचित्र मन्दिरबाट प्रदर्शित भइराखेको जय सन्तोषी माँ नामक चलचित्रमा सरस्वती, लक्ष्मी र पार्वतीलाई इर्ष्यालुको रूपमा प्रदर्शित गरेको जसबाट आफ्नो भावनामा ठेस पुगेको हुँदा रोक लगाई पाउँ भनि दावी गरिएकोमा वादीको कुनै कानूनी हक अधिकार हनन् नभएको भनेर उपचार प्रदान गर्नमा इन्कार गरिएको पाइन्छ।[9]

---

5 *Marzetti v. Williams* (1830) 1 B & Ad 415.

6 *Bhim Singh v. State of J K*, AIR 1986 SCC 494. यसमा ५० हजार क्षतिपूर्तिको आदेशसमेत जारी भएको छ।

7 डा. राजेन्द्र कुमार आचार्य, पूर्वपाद टिप्पणी, ३, पृष्ठ ४४।

8 *Mogul Steamship Co v. McGregor Gow and Co* (1892) AC 25. यसमा वादीलाई उसको व्यारिक कार्यबाट हटाउन अरू प्रतिष्पर्धिहरू मिलेर जहाजको भाडा यति घटाई दिए कि वादी सो पेशाबाट निस्कुन पर्ने अवस्था आयो। आर्थिक रूपमा हानि नोकसानी भएको स्थापित हुन्छ। वादीलाई निष्कासन गर्न भाडा घटाएको भन्ने षडयन्त्रको तथ्य देखिए पनि वादीको कानूनी अधिकारको हानि नभएको भन्ने आधारमा उपचार प्रदान भएन।

9 *Usaben v. BhagyaLaxmi Chitra Mandir,* AIR 1978 Guj.13.

(ग) आफ्नो जमिन जोगाउन बार (Fence) लगाएकोमा नदीले बगाएर अरूको क्षति पुऱ्याएमा प्रतिवादीको वादीप्रति कुनै उत्तरदायित्व रहेको हुँदैन। अतिप्रवाहित पानी वादीको जमिनमा प्रवेश गरेर नोकसानी पुऱ्याएको विषय विना हानिको क्षति हो। यसमा प्रतिवादी उत्तरदायी हुनु पर्दैन।[10]

(घ) अवैधानिक संरचना नगरपालिकालगायतका निकायले भत्काइ दिएकोमा वादीको कुनै अधिकारको हनन् भएको हुँदैन। यस अवस्थामा त्यस्तो भत्काउने निकाय जवाफदेही हुन पर्दैन।[11]

(ङ) पेट्रोल पम्प क्षेत्रमा निगम आदिले राखेको विज्ञापन वोर्डबाट वादीले आफूलाई असुविधा भएको भनेर दावी गर्न पाइँदैन।[12] वादीको कुनै कानूनी हक अधिकारको हनन् भएको हुँदैन।

५. देवानी दायित्व र आपराधिक दायित्वमा भेद

व्यक्तिले गरेका कार्यको परिणाम अपराध र अपकार्य दुवै हुने भएकाले दायित्वका सम्बन्धमा कहिलेकाहीँ झुक्किने अवस्था आउने देखिन्छ। यसको भिन्नता बारेमा पनि जान्न जरुरी छ। बुँदागत रूपमा निम्न भिन्नताहरू उल्लेख गरिएको छ।

(क) देवानी दायित्व करार भङ्ग वा दुष्कृतिबाट उत्पन्न हुन्छ। आपराधिक दायित्व राज्यको फौजदारी कानूनको उल्लंघनको परिणाम हुन्छ। आपराधिक दायित्व निर्धारण गर्न राज्यले स्पष्ट रूपमा कार्यलाई अपराध भनेर घोषणा गर्नुपर्दछ। यदि घोषणा गरिएको छैन भने स्वतः देवानी दायित्वमा पर्दछ। जस्तैः कुनै ऐन पारित भयो भने सो ऐनका केही व्यवस्थाहरूलाई मात्र कसुर अपराध भनेर अरूलाई त्यत्तिकै छाडिएको छ भने ऐनमा कसुर अपराध भनेको विषयमा आपराधिक दायित्व उत्पन्न हुन्छ। अरू मौन रहेका विषयमा देवानी दायित्व हुन जान्छ। प्रत्येक दफाहरूको उपचार हुनै पर्दछ। उपचार विनाको कानूनी व्यवस्था हुनै सक्दैन। त्यही भएर देवानी विषयलाई अदालतको क्षेत्र (Domain) भनेर भनिएको हो।

(ख) देवानी दायित्वको लागि पीडित पक्ष आफैले दावी स्थापना गर्नुपर्ने हुन्छ। आपराधिक दायित्वको लागि सरकार, राज्य र पीडित पक्ष दुवै हुन सक्छन। यो अवस्था राज्यको कानूनअनुसार व्यवस्थित हुन्छ। नेपाल सरकार, राज्य एवम् पीडित दुवैले अवस्थाअनुसार तथा कसुरको प्रकृतिअनुसार दावी स्थापना गर्दछन्।

(ग) त्यसैगरी देवानी दायित्वमा क्षतिपूर्ति हानिको भरपाई हुन्छ। आपराधिक दायित्व दण्ड हुन्छ। देवानी दायित्वका सन्दर्भमा विरलै रुपमा दण्ड सजायको कुरा आउँछ। क्षतिपूर्तिमा दण्डात्मक क्षतिपूर्ति (Punitive Damages), उदाहरणका लागि क्षतिपूर्ति (Exemplary Damages) लगाएर पनि दण्ड सरहको कारवाही हुने गर्दछ।

(घ) देवानी दायित्व कार्यको आधारमा हुन्छ भने आपराधिक दायित्व आशयपूर्ण कार्यको आधारमा हुन्छ। कहिलेकाहीँ कुनै कार्य अपराध अपकार्य दुवैमा पनि कारवाही चल्न सक्ने अवस्था हुन्छ। यस्तोमा

---

10 *P. Seetharamayya v. Mahalakshmiamma,* AIR 1958 AP 103.

11 *Town Area Committee vs. Prabhudayal,* AIR 1975 ALL 132.

12 *M/S Hardev Filling Station v. Union Of India And 2 Others* 13 September, 2019 Allahabd High Court/Indiankanoon/166526778.

पीडितको रोजाईले काम गर्दछ। आपराधिक कार्यमा पनि पीडितलाई देवानी कारवाही चलाउन पाउने अधिकार सुरक्षित रहेको हुन्छ। यो दुष्कृतिको सुन्दर पक्ष हो। अपराधमा सफाई पाए पनि दुष्कृतिमा सफाई हुँदैन। साथै एक विषयको प्रमाण अर्को विषयमा पनि अग्राह्य हुन सक्छ। अपराधमा सफाई पाएको अवस्थामा देवानी दायित्वमा कारवाही चलेको अवस्थामा दोहोरो खतराको सिद्धान्त यसमा लाग्दैन। त्यसैले भन्ने गरिन्छ पीडित तिमी अरू उपचार खोज्दा थाक्यौ भने दुष्कृतिमा आऊ खाली हात जानु पर्दैन।

६. फौजदारी विषयबाट देवानी दायित्वलाई कसरी छुट्याउने ?

विधिशास्त्रीय रूपमा हेर्दा आपराधिक दायित्व र देवानी दायित्वका फरक छ। सिद्धान्ततः दुष्कृति र अपराध पृथक विधा भए पनि खास खास अवस्थामा एक अर्काको क्षेत्रमा अतिक्रमण (Overlapping upon each other) पनि हुने गर्दछ। एउटै कार्य र तत्वको अवस्था अपराध र दुष्कृति दुवैमा हुने अवस्था पनि हुन्छ। उदाहरणको लागि कुटपिट, गाली बेइज्जती, षडयन्त्र, धोका, छलकपट, वेरितसँग थुन्ने जस्ता विषय दुष्कृति र अपराध दुवैमा समान रूपमा कारवाही चलाउन सकिन्छ।

कुनै पनि घटना वा अपराधका सम्बन्धमा राज्यले अपराध घोषणा गरोस् वा नगरोस् त्यसमा सजाय गरोस् वा नगरोस् सो व्यक्तिको वा पीडितको विषय नहुन सक्छ तर त्यस्तो अवस्थामा पीडितले व्यक्तिगत रूपमा कारवाही चलाएर उपचार प्राप्त गर्ने हकलाई राज्यले समाप्त पार्न सक्दैन। यस्तो हक अधिकार दुष्कृति कानून अन्तर्गत सुरक्षित हुन्छ। नेपाली कानूनमा भएको व्यवस्थाअनुसार कुनै व्यक्ति उपर फौजदारी कसुरमा मात्र कारबाही चलाएको वा नचलाएको आधारमा त्यस्तो व्यक्तिले कानूनबमोजिमको देवानी दायित्वबाट छुटकारा पाउँदैन।[13] तर दुष्कृतिमा भने पृथक फौजदारी कारवाही चलाएकोमा फौजदारी दायित्वमा सफाई पाए पनि वा कसुर ठहर भए पनि केही फरक पर्दैन। दुष्कृतिलाई फौजदारी कानूनसाथ लागू गर्ने सन्दर्भमा नेपाली कानूनले भने लचिलो नभएर कठोर दृष्टिकोण अपनाएको छ। नेपालमा यस सम्बन्धमा विधिशास्त्री अन्योलको अवस्था रहेको अनुभूति हुन्छ।

दुष्कृतिसम्बन्धी अवधारणागत स्पष्टताको अभाव भएकोले हामी कहाँ अपराधबाट देवानी दायित्वलाई पृथक गर्न समस्या देखिन्छ। विकसित मान्यता हेर्दा अब प्रत्येक घटना वा परिणाममा अनिवार्यत देवानी दायित्व रहेको हुन्छ यसलाई पीडितले आफ्नो सुविधाअनुसार प्रयोग गर्न सक्छ। उदाहरणका लागि क ले ख को हत्या गऱ्यो। यो पूर्ण रूपमा अपराध हो। यसबाट देवानी दायित्व छुट्याउँदा क को हत्या (Murder) लाई अपराध भनेर मानिन्छ। ख को मृत्युलाई (Death) दुष्कृति मानिन्छ। हत्याको विषयमा राज्यले कारवाही चलाओस् वा नचलाओस् त्यो पीडितको सरोकार नहुन सक्छ। साथै, चलेको कारवाहीमा सफाई नै पाओस् त्यो पनि पीडितलाई मतलव नहुन सक्छ। तर ख को मृत्यु भएको कारण उसका आश्रितहरूलाई पर्न

---

[13] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा १४।

गएको आर्थिक तथा मानसिक हानि, दुख, कष्ट, सास्ती हैरानी आदिमा पीडितले दुष्कृतिमा दावी गर्न सक्छ। यस्तोमा दोहोरा खतरा भनेर अपकृत्यकर्ताले अपराधको कसुरबाट उन्मुक्ति पाउदैन।

अपराधमा पीडितले पनि उपचार प्राप्त गर्दछ, क्षतिपूर्ति पाउँछ भनेर द्विविधा पनि उत्पन्न हुन सक्छ। हाल नेपालमा लागू भएको मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ का हरेक अवस्थामा पीडितले क्षतिपूर्ति पाउने व्यवस्था भएको कारण देवानी दायित्व निकाल्न सकिदैन कि भन्ने अवस्था पनि देखा पर्दछ। अपराधमा पीडितले पाउने क्षतिपूर्तिको सिद्धान्तमा पीडितशास्त्रको (Victimology) कुरा आउँछ। दुष्कृतिले वैकल्पिक रूपमा उपचार पाउने भएमा सामान्यता हस्तक्षेप गर्दैन। तथापि पीडितशास्त्र र दुष्कृतिका कानूनविदहरूमा भने सैद्धान्तिक बहस चलेको अवस्था छ।[14] दुष्कृतिले अरू विधाबाट उपचार नपाएमा पूर्ण उपचार प्रदान गर्दछ।

७. दुष्कृतिमा दोषयुक्त दायित्व (Fault Liability)

दोषयुक्त दायित्व सामान्य मान्यता हो। दोषयुक्त दायित्वको आधारमा दुष्कृतिमा कसै उपर दायित्व लगाउने क्रममा उसले गरेको कार्य दोषपयुक्त थियो भन्ने ठान्दछ। अर्थात प्रतिवादीले आफ्नो कर्तव्य पालन नगर्ने गरेको कार्य दोषयुक्त रहेको हुँदा अर्काको अधिकारमा आघात परी हानि नोकसानी एवं क्षति भएको हुनाले दायित्वाधीन हुनुपर्दछ भन्ने मान्यता दुष्कृतिमा दोषयुक्त दायित्वको रहेको छ। यो पुरानो अवधारणा हो।

दोषको कुरा गर्दा मनसायको तथ्य उत्पन्न हुन्छ। मनसाय आपराधिक दायित्वमा महत्त्वपूर्ण हुन्छ। वर्तमानमा दुष्कृतिमा दोषयुक्त दायित्वलाई महत्त्व दिइदैन। करारमा पनि मनसायलाई हेरिदैन। मनसाय दोषको तथ्य दुष्कृतिमा खास खास अवस्थामा महत्त्व प्रदान गरिने हुन्छ। खासगरी मनसाययुक्त दुष्कृतिहरूमा मनसाय दोषको अवस्था के हो त भनेर हेरिने हुन्छ। जस्तैः धोका, षडयन्त्र, त्रास, गाली वेइज्जती आदि मनसाययुक्त दुष्कृति मानी (Intentional Torts) मनसायको विश्लेषण गरिने हुन्छ। यी अपराध भएर पनि दुष्कृति पनि हुन्।

८. दुष्कृतिमा विना दोषयुक्त दायित्व (No Fault Liability)

वर्तमान समाजको विकासक्रम राज्यको आर्थिक, शैक्षिकलगायतका विकासको प्रभावले गर्दा दुष्कृति सिर्जना हुनको लागि दोषयुक्त कार्य नै हुनुपर्दछ भन्ने मान्यतामा परिवर्तन हुँदै आएको छ। दुष्कृतिमा वर्तमानमा विना दोष दायित्वको (liability without fault) मान्यताको विकास भएको छ। वर्तमानमा न्यायिक कारवाहीमा आउने प्रायः विषयहरू विना दोष दायित्वका नै हुने गर्दछन्। यो मान्यतामा कार्य नै प्रधान मानिन्छ। विना दोष दायित्वभित्र कठोर दायित्व (Strict Liability), पूर्ण/निरपेक्ष दायित्व (Absolute

---

[14] हेर्नुहोस् Dr. Rajendra Kumar Acharya, *Tort v. Victimology*, XXIX QUARTERLY DEVELOPMENT REVIEW, 27-31 (Nov. 2014-Jan. 2015).

Liability), परदायित्व (Vicarious Liability), हेलचेक्र्याइँ (Negligence) आदि सिद्धान्तहरू पनि समाहित हुने गरेका छन्।

विकास निर्माणसँग सम्बन्धित औद्योगिक विषयवस्तुहरू आदिमा विना दोष दायित्वको सिद्धान्तलाई लागू गरिन्छ। यदि यसो नगरिएमा बलियो पक्षले निर्दोष पक्षको अधिकारमा अतिक्रमण गरेर आफूले नाजायज फाइदा लिने हुन्छ। विना दोषयुक्त दायित्वको सिद्धान्तले समाजप्रतिको उत्तरदायित्वलाई प्रष्ट पार्दै कृत्यकर्तालाई आफ्नो कर्तव्य पालनमा सजग गराउँछ।

दोष र विना दोष दायित्व दुष्कृति कानूनका उच्चत्तम स्तरका सिद्धान्तहरू हुन। एकले मनसायपूर्ण (Intentional) कार्य सम्पादनको प्रतिनिधित्व गर्दछ भने अर्कोले मनसायरहित अवस्थाको प्रतिनिधित्व गर्दछ। सार्वजनिक हितको लागि लचकदार सिद्धान्तको रूपमा विना दोष दायित्व क्रियाशील रहेको छ। यसले सामाजिक आवश्यकता, चाहना र हितलाई संरक्षण प्रदान गर्दछ। यसले निर्दोष पक्षको सुरक्षा कवचको काम गर्दछ। कमजोर पक्षलाई जवरजस्ती दोष स्थापित गर्ने झण्झटबाट मुक्त हुने संरक्षण यस मान्यताले प्रदान गर्दछ।

विना दोष दायित्वको सिद्धान्त पीडितलाई भएको क्षतिको अवस्था हेरी पीडितको हैसियतका आधारमा प्रतिवादीको दोष वा हेलचेक्र्याइँका कारण देखिएको दुष्कृतिजन्य अवस्थालाई सम्बोधन गर्न बिकसित भएको हो। यो सिद्धान्तबमोजिम पीडितलाई भएको क्षतिमा प्रतिवादीको कुनै दोष नहुँदा पनि भराई दिने आदेश वा फैसला जारी हुन्छ। विना दोष दायित्वमा प्रतिवादीलाई निरपेक्षरुपमा उत्तरदायी ठहर गरिन्छ। विना दोष दायित्वको उत्कृष्ट उदाहरणको रूपमा सवारीसम्बन्धी विषयवस्तु रहेको छ। सवारी चालकले गरेको दुर्घटनामा सवारीको मालिक व्यवस्थापक कम्पनी उत्तरदायी हुने विना दोष दायित्व हो।[15] सवारी दुर्घटनाका सम्बन्धमा क्षतिपूर्ति प्रदान गर्ने सम्बन्धमा आधुनिक अदालतहरूले विना दोष दायित्व नै अवलम्वन गर्न रूचाउने गरेको पाइन्छ। व्यक्तिको जीवनको सम्बन्धमा उत्तरदायित्व वहन गराउन विना दोष दायित्व नै उत्तम उपाय हो।[16]

९. कठोर दायित्व (Strict Liability)

आधुनिक समयमा राज्य तथा व्यक्तिले सञ्चालन गरिराखेका कार्यहरू कतिपय जोखिमयुक्त वा जोखिमयुक्त (Hazardous) प्रकृतिका पनि हुन्छन्। त्यस्ता जोखिमयुक्त प्रकृतिका कार्यहरूबाट जानी नजानी, चाहेर वा नचाहेरै पनि कुनै घटना वा दुर्घटना हुन जाने हुन्छ। जसको परिणाम मानवीय एवम् आर्थिक क्षति हुन जान्छ। त्यस्तो क्षतिलाई न्यून गर्नमा उचित सावधानी अपनाउनु पर्ने हुन्छ। यदि उचित सावधानीमा कुनै

---

[15] सवारीको विषयमा विना दोष दायित्वको फाइदा वेफाइदा एवम सुधारका विषयहरूको बारेमा *Manjusri Raha v. B.L. Gupta*, AIR 1977 SC 1158 मा व्याख्या विश्लेषण गरिएको छ। सो फैसलामा Justice Fazalali ले दुष्कृतिमा रहेको विना दोष दायित्वको सुधारको पक्षमा समेत उल्लेखन गरेको अवस्था छ। कठोर दायित्व *Union Of India v. Prabhakaran Vijaya Kumar & Ors* [(2008) 9 SCC 527] रेल दुर्घटनामा विना दोष दायित्व।

[16] हेर्नुहोस् *Concord of India Insurance Co. v. Nirmala,* AIR 1979 SC 1666.

कमिबाट हुन गएको अनिश्चित अवस्थाको कारण उत्पन्न हानि नोकसानीमा त्यस्तो कार्यहरू गर्ने व्यक्ति वा निकाय उत्तरदायी हुनुपर्दछ भने यस्तो दायित्वलाई कठोर दायित्व भनिन्छ। कठोर दायित्वले पीडकले कुनै कानूनी छिद्रको सहारामा उन्मुक्ति प्राप्त नगरोस् र समाजिक न्याय प्रदान हुन सकोस् भन्ने उद्देश्य राखेको हुन्छ। कठोर दायित्वमा आफ्नो कुनै दोष वा हेलचेक्र्याइँ नहुँदा पनि उसका कार्यप्रति उत्तरदायी हुनुपर्दछ। यो सिद्धान्त अन्तर्गत गरिएको दावीमा वादीले प्रतिवादीको आचरण वा व्यवहार मनसायपूर्ण वा हेलचेक्र्याइँपूर्वक थियो भनेर देखाई राख्नु पर्दैन। यसमा प्रतिवादीको कार्य व्यवहारबाट आफूलाई हानि नोकसानी भएको भन्ने स्थापित गरे पुग्दछ।[17]

कठोर दायित्वको सिद्धान्त सन् १८६८ मा इङ्लेण्डमा *रायलेण्डविरुद्ध फ्लेचर*को[18] मुद्दामा प्रतिपादित गरिएको थियो। त्यसैले यसलाई राइलेण्ड फ्लेचर सिद्धान्त पनि भनिन्छ। मिलमा पानी आपूर्ति गर्ने प्रयोजनको लागि एक कुवाको निर्माण गरिएकोमा सो कुवाबाट पानी निस्केर वादीको कोइला खानीमा भरिन पुग्यो र वादीलाई क्षति भयो। प्रतिवादीको कार्यमा कुनै हेलचेक्र्याइँ नभए पनि न्यायाधीश ब्लेकवर्नले प्रतिवादीलाई दायित्वाधीन गराउदै कठोर दायित्वको सिद्धान्त प्रतिपादन गरे।यो सिद्धान्त प्रतिपादन हुँदा "कुनै व्यक्तिले व्यक्तिगत प्रयोजनको लागि आफ्नो जमिनमा कुनै वस्तु ल्याएर राख्दछ वा एकत्रित गर्दछ भने त्यहाँबाट सो वस्तु यत्रतत्र हुन सक्ने सम्भावना रहन्छ। जमिनमा राखिएको वस्तु व्यक्तिले आफ्नो जोखिममा ल्याएर राखेको हुन्छ। यदि जमिनबाट एकत्रित गरिएको वा राखिएको वस्तु यत्रतत्र छरिएर बग्न गएबाट कुनै हानि नोकसानी हुन्छ भने सम्बन्धित व्यक्ति जवाफदेही हुनुपर्दछ भनिएको छ। न्यायाधीश ब्लेकवर्नले प्रतिपादन गरेको यो सिद्धान्तलाई हाउस अफ लर्डसले अनुमोदन गर्दै कठोर दायित्व अन्तर्गत उत्तरदायित्वको सिर्जना तब मात्र हुन्छ जब जमिनको उपयोग सहज प्रकृतिको नभएर अस्वभाविक हुन्छ भन्ने शर्त पनि रहन गएको छ।हाउस अफ लर्डसको तर्फबाट Lord Cairns LC ले निर्णय सुनाएका थिए।[19]

न्यायाधीश ब्लेकवर्न र हाउस अफ लर्डसको निर्णयबाट कठोर दायित्वको सिद्धान्त आकर्षित हुनको लागि निम्न तत्वहरूको विद्यमान हुनुपर्ने देखियो।

- व्यक्तिले जमिनमा जोखिमयुक्त वस्तु (Dangerous thing) ल्याएर राखेको,[20]

---

[17] डा. राजेन्द्र कुमार आचार्य, पूर्वपाद टिप्पणी, ३, पृष्ठ २४४।

[18] कठोर दायित्वको सिद्धान्त न्यायाधीश ब्लेकवर्नले *एक्सचेकर चेम्वरमा फ्लेचरविरुद्ध राइलेण्ड*, (1866) L.R. 1Ex. 265 को मुद्दामा प्रतिपादित गरेका हुन्। उनको यो सिद्धान्तलाई हाउस अफ लर्डले *राइलेण्ड विरुद्ध फ्लेचर,* (1868) L.R.3H.L.330 को मुद्दामा अनुमोदन गरेको हो। यसको मूल प्रतिपादक हाउस अफ लर्ड नभएर न्यायधीश ब्लेकवर्न हुन्। राइलेण्डको सिद्धान्त *Smt. Kaushnuma Begum v New India Assurance Co.*, Manu/SC/0002/2001 लगायत धेरै मुद्दाहरूमा अनुसरण गरिएको छ।

[19] Lord Cairns, Lord Cranworth; Lord Colonsay को बेञ्च गठन भएकोमा Lord Colonsay निर्णय सुनाउने बेलामा अनुपस्थित भएका थिए।

[20] विद्युत आफैमा खतरनाक तत्व (Substance) हो- *M.P Electicity Board v. Shail Kumari* [(2002(1) KLT 480 (SC)]; [*Friday v. Eectricity Board*] *Smt. Santha & others vs. The Secretary, Kerala State Electricity Board and others Judgement*, 21-02-2014, indiankanoon/doc/20914982. स्वत खतरनाक बस्तुहरूका (Dangerous per se) उदाहरणमा पानी (Water), विद्युत(Electricity), (explosions),

- राखिएको वस्तु राखिएको सीमा भन्दा बाहिर निस्केको[21] (Escape) र
- जमिनको अस्वभाविक प्रयोग (Unnatural/Nonnatural/ Abnormal use)[22] हुनु पर्दछ।

मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ मा स्पष्ट भाषामा कठोर दायित्व भनेर नभने पनि निम्न व्यवस्था कठोर दायित्वसँग सामिप्यता राख्ने देखिन्छ।[23]

(क) कुनै प्रज्वलनशील वा विस्फोटक पदार्थलाई त्यसको प्रकृति अनुसार उपयुक्त ढङ्गबाट सुरक्षाका उपायहरू नअपनाएको कारणबाट त्यसमा आगलागि भएमा वा सो विस्फोटन भएमा,

(ख) कुनै औद्योगिक प्रतिष्ठानले निर्धारित मापदण्ड विपरीत हुने गरी अत्याधिक धुँवा, ध्वनि पैदा गरेकोमा,

(ग) विपद्को कारणले वा कुनै तेस्रो व्यक्तिको कामले बाहेक कुनै राजमार्ग, सडक, गल्ली, बाटोमा रूख ढलेको वा ढालेकोमा,

(घ) निर्धारित मापदण्ड विपरीत हुने गरी उपयुक्त ढङ्गबाट पूर्व सावधानीका उपायहरू नअपनाई खुला रूपमा नहर, कुलो, पाइप वा ढलबाट दूषित, विषालु वा सरुवा रोग लाग्ने पदार्थ निष्काशन भएमा।

त्यसैगरी कुनै घरबाट कुनै किसिमको फोहर मैला वा वस्तु फालेको कारणबाट कसैलाई हानी, नोकसानी भएकोमा व्यहोर्नु पर्ने दायित्व समेत कठोर हुन्छ।[24] कठोर दायित्वलाई सवारी दुर्घटना रेल दुर्घटना[25] एवम् हवाई दुर्घटना आदिमा समेत विस्तार गर्न सकिन्छ।

९.१ कठोर दायित्वमा अपवाद

कठोर दायित्वका निम्न अपवादहरू रहेका छन्।

क) वादी स्वयम्को दोषको कारण जोखिमयुक्त वस्तुले कुनै क्षति उत्पन्न गर्दछ भने त्यस अवस्थामा प्रतिवादीलाई बचावको आधार हुन सक्छ।[26]

ख) जोखिमयुक्त वस्तुको निस्कासन अलौकिक शक्ति वा प्राकृतिक कारणबाट भएको अवस्थामा प्रतिवादीलाई बचाउँको आधार मिल्दछ। जस्तैः असाधारण वर्षाको कारण जलाशयको बाँध भत्केर हुन

तेल(Oil), नशालु/विशालु धुँवा (Noxious fumes), विशालु वनस्पति (Poisonous vegetation), (*हेर्नुहोस्* WINFIELD AND JOLOWICZ, TORT 425 (13th ed.)।

21 *Miles v. Forest Rock Granite* (1918) 34 TLR 500 यसमा विष्फोटक पदार्थ प्रयोग गरेर चट्टान फुटाउदै गर्दा केही चट्टान उडेर वादीलाई लाग्न पुगेकोमा विष्फोटक जम्मा गरेको तथा चट्टान पलायन भएको भनेर उत्तरदायि ठहर भएको छ।

22 *Cambridge Water Co Ltd v. Eastern Counties Leather plc* [1994] 1 All ER 53; [1994] 2 AC 264, औद्योगिक परिसरमा पर्याप्त मात्रामा रसायनको भण्डारण भूमिको अस्वभाविक प्रयोग रूपमा मानिन्छ।

23 मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ६७८।

24 मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ६७९।

25 कठोर दायित्व Union Of India vs. Prabhakaran Vijaya Kumar & Ors [(2008) 9 SCC 527] रेल दुर्घटना।

26 *Holden vs. Liverpool New Gas Coal & Coke & co. (1846) 3 CB1.*

गएको क्षति[27], भूइचालो वा चट्याङबाट भएको क्षति आदि। दैवी कार्यलाई (Act of God) कठोर दायित्वमा अपवादको रूपमा लिइन्छ। दैवीक कार्य मानवीय नियन्त्रणभन्दा बाहिरको विषय हो।[28] कुनै पनि घटनाहरूमा निम्न अवस्था छन् भने दैवीक कार्य वा घटना मानिन्छ।[29]

- घटना जसमा कुनै मानवको संलग्नता समावेश छैन (Which involves no human agency)
- जसलाई सावधानीपूर्वक सुरक्षा गर्न सम्भव छैन (Which is not realistically possible to guard against)
- घटना सरासर प्राकृतिक कारणबाट उत्पन्न भएको देखिन्छ (Which is due directly and exclusively to natural causes)
- घटना जुन कुनै पनि परिकल्पना, योजना र सावधानीबाट रोक्न सकिँदैन (Which could not have been prevented by any amount of foresightedness, plans, and care) ।

ग) कहिलेकाहीँ वादी आफैले जोखिमयुक्त वस्तु राख्ने अनुमति दिएको,[30] ओसारपसार गर्ने कार्यमा सहमति जनाएको रहेछ भने त्यस अवस्थामा जोखिमयुक्त वस्तुको विचलनबाट हुन गएको क्षतिका लागि प्रतिवादी जिम्मेवार हुनु पर्दैन[31] र एक विषयमा दिइएको अनुमतिमा अर्कै काम भयो भने त्यस अवस्थामा भने सहमति प्राप्त भनेर प्रतिरक्षा प्राप्त हुँदैन।[32]

घ) हानी, नोकसानी, आफ्नो हेलचेत्र्याइँ, लापर्वाही, त्रुटि वा अकर्मण्यताको परिणामबाट नभई अन्य कुनै कारणबाट भएको स्थापित भएमा प्रतिवादीले दायित्वबाट फुर्सद पाउछ।[33] तर त्यसका लागि वस्तुको पलायन वा विचलन कुनै तेश्रो व्यक्तिको कार्यको परिणाम हुनु पर्ने हुन्छ।[34]
कानून बमोजिम प्राप्त अधिकार अन्तर्गत कुनै कार्य सम्पादन गर्ने क्रममा हुन गएको हानि नोकसानीमा उत्तरदायी हुन पर्दैन।[35]

---

27 *Nichols v. Marsland* (*1876) 2 ExD 1*; *Attorney General v. Cory Bros*, (*1919*) *35 TLR 570. Cooper v. Horn, 248 Va. 417, 448 S.E.2d 403* (*1994)* यस मुद्दामा असाधारण वर्षा वाढी दैवी कृत्य भए पनि मानवीय कारणबाट कमजोर निमार्ण आदिको कारण हुन गएको क्षतिमा वचाव प्राप्त नहुने भनेर वचाव प्रदान गरिएन। यसमा प्रतिवादीले बाध निर्माण गर्दा उपेक्षा गरेको थियो।

28 *Province of Madras v. T.S.C., AIR 1956 Mad 589.*

29 *Transco Plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61.

30 *Peters v. Prince of Wales Theatre Ltd. Birmingham*, (1942) 2 ALL ER 533.

31 *Hall v. Brooklands Auto-Racing Club* [1933] 1 KB 205. स्वेच्छाले कार दौडमा गएकोमा २ वटा कार जुध्न पुगी हुन गएको दुर्घटनामा प्रतिवादीलाई उत्तरदायि बनाइएन।

32 *Lakshmi Rajan v. Malar Hospital* Ltd., III (1998) CPJ 586; *Ravindra Padmanabhan (Dr.) v. Lakshmi Rajan and Anr*, 2 (2007) CPJ 17 NC. यसमा ४० वर्षिय महिलाको छातीमा गाँठो देखियो। यो गाठोले उनको गर्भाशयमा कुनै प्रभाव पार्दैन, तर शल्यक्रियाको क्रममा, उनको गर्भाशय कुनै पनि औचित्य बिना हटाइएको थियो। यसमा आपरेशनको लागि बिरामीको सहमतिले गर्भाशय हटाउनको लागि उनको सहमति जनाउँदैन भनेर उत्तरदायि बनाइएको छ।

33 मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ६८३। छुट्टै व्यवस्था भएकोमा दायित्व व्यहोर्नु नपर्ने।

34 Rickards vs. Lothian, (1913) AC 263.

35 *Green v. Chelsea Waterworks Co.*, (1894) 70 L.T. 547; *Tock v. St.John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R.1181,(1989), 64 D.L.R.(4th) 620 Supreme Court of Canada.

ङ) प्रतिवादीले भूमीको स्वभाविक प्रयोग गर्दाको अवस्थामा हुन गएको हानि नोकसानीमा उत्तरदायी हुन पर्दैन।[36] जमिनको प्राकृतिक प्रयोगको अर्थ सामान्यतया कृषि, वन र खानी (व्यावसायिक बाहेक) आदिलाई बुझिन्छ। यदि जमिनलाई औद्योगिक एवम् व्यावसायिकतामा प्रयोग गरिन्छ भने त्यस्तो उपयोग एवम् प्रयोग प्राकृतिक मानिदैन। जस्तैः भान्साघरबाट अचानक आगो निस्केर कुनै क्षति भयो भने आगोको अस्वभाविक प्रयोग गरिएको हुँदैन।

च) राखिएको वस्तुले वादी प्रतिवादी दुवैलाई लाभ प्रदान गरेको अवस्थामा हुन गएको क्षतिमा कठोर दायित्व अन्तर्गत उत्तरदायी हुनु पर्दैन।[37] जस्तैः वादी प्रतिवादीलाई पानी आपूर्ति गर्नको लागि बनाइएको पानी ट्याङ्की। यसमा ट्याङ्की फुटेर हुन गएको हानि नोकसानीमा अर्को पक्षलाई उत्तरदायी बनाइदैन। तर अर्को पक्षको लापर्बाहीको कारण ट्याङ्की फुट्न गएको रहेछ भने हेलचेक्र्याइँको सिद्धान्तअनुसार उत्तरदायी बनाइन्छ। कठोर दायित्व लागू हुँदैन।

कठोर दायित्वमा उत्तरदायी बनाउँदा वहन गर्नुपर्ने दायित्व गम्भीर हुनुपर्दछ। विषयवस्तु कठोर दायित्वको रहेको तर अपवादको अवस्थामा पर्ने रहेछ भने त्यसमा कर्तव्यको विद्यमानता थियो भनेर अदालतले हेर्ने गर्दछ तर अपवाद भनेर आँखा चिम्लेर छुट दिने हुँदैन। जस्तैः वादी स्वयम् कै दोषको कारण जोखिमयुक्त वस्तुले कुनै क्षति उत्पन्न भएको भनेर बचाव छ छैन भनेर हेर्ने क्रममा वादीको सो जोखिमयुक्त वस्तुको नजिकमा के कसरी पुगेको हो भन्ने पनि हेरिन्छ। उदाहरणको लागि आफ्नो घरमा विषालु विरूवा लगाएको छ र सो विरूवाबाट सुन्दर फुल वा फल देखियो भने सो फूल वा फल कसैले प्रयोग नगर्ने वा गर्न नसक्ने अवस्थाको हुनुपर्ने हुन्छ। सो वृक्षलाई सुरक्षा प्रबन्ध नगरिकन खुला छाडिदिएको अवस्थामा कुनै बच्चा गएर सो फूल वा फल प्रयोग गर्दा हानि नोकसानी हुन गयो भने वादी स्वयम्को दोष छ भन्ने नियम लागू हुँदैन। यसमा सुरक्षा सावधानी अपनाउनु पर्ने कर्तव्यमा प्रतिवादीको त्रुटिको अवस्था हेरिन्छ। सुरक्षा प्रदान गरेको अवस्थामा वादीको त्रुटि देखियो भने प्रतिवादी उत्तरदायी हुँदैन। वादी पक्ष अनधिकृत प्रवेश गरेर फूल वा फल लिएको रहेछ भने प्रतिरक्षा प्राप्त गर्दछ।

कठोर दायित्वको सिद्धान्त जनावरको सन्दर्भमा (Animals), अस्वभाविक रूपमा भएको जोखिमयुक्त गतिविधिहरूमा (Abnormally Dangerous Activities) तथा उत्पादकीय दायित्वहरूमा (Product Liability) समेत विस्तार गरिएको छ।

कसैले पालेका जनावरहरूले जोखिमयुक्त स्वरूप धारण गरेर कसैलाई चोट पुऱ्याउँछ भने त्यस्तोमा जनावरको मालिक उत्तरदायी हुनुपर्दछ।[38] जनावरको विषयमा स्वयम् जोखिमयुक्त र जोखिमयुक्त रूप धारण गरेको अवस्थाबाट दायित्व निर्धारण गरिन्छ। स्वतः जोखिमयुक्त जस्तै बाघ भालु सिंह आदि कसैले

---

36 *Giles v. Walker*, (1890) 24 QBD 656.

37 *Box v. Jubb*, (1879) 4 Ex D 76.

38 मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा २७६। पशुले गरेको हानि नोक्सानीवापत पशुधनीले दायित्व व्यहोर्नु पर्ने।

ल्याएर पाल्दछ भने उसले आफ्नो जोखिममा ल्याएको हुन्छ। त्यसले कसैलाई हानि पुऱ्यायो भने यसमा अरू प्रमाण बुझिरहन पर्दैन। तर घर पालुवा जनावर जस्तै भैंसी, गाई, गोरू आदिले कुनै कारणवश जोखिमयुक्त स्वरूप धारण गरेका छन् भने यस्तोमा दायित्व निर्धारण गर्दा केही प्रमाण बुझ्नुपर्ने हुन्छ। घरमा पालेको कुकुरले कसैलाई टोक्दछ भने त्यसमा मालिक जवाफदेही हुनुपर्दछ।[39]

जोखिमयुक्त गतिविधि त वर्तमान समयमा धेरै नै हुने गर्दछ। विकास निर्माणलगायतका गतिविधिहरूमा तथा विध्वंशात्मक गतिविधिहरूमा जोखिमयुक्त गतिविधि हुने गर्दछ। बाटो बनाउँदा हुने विष्फोटन उद्योगहरूको स्थापना आदि विभिन्न गतिविधिहरूलाई जोखिमयुक्त गतिविधिको उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ। उत्पादकीय दायित्व त वर्तमानमा सबैभन्दा बढी दावी गरिने विषय हो। यो विषयलाई उपभोक्ता कानून अन्तर्गत दुष्कृतिमा पनि दावी गरिने गरिन्छ। नेपालमा उत्पादकीय विषयलाई (त्रुटिपूर्ण उत्पादन) अर्ध दुष्कृति अन्तर्गत राखिएको अवस्था छ।[40]

१०. पूर्ण/निरपेक्ष दायित्व (Absolute Liability)

दुष्कृतिमा रहेका दायित्वसम्बन्धी सिद्धान्तमा पूर्ण वा निरपेक्ष दायित्व विना मनसाय दायित्व अन्तर्गतको कठोर प्रकृतिको दायित्व मानिन्छ। यो दायित्वसम्बन्धी सिद्धान्त भारतीय अदालतबाट विकसित गरिएको सिद्धान्त हो।

भारतीय सर्वोच्च अदालतले पूर्ण दायित्वको सिद्धान्त ***एम. सि. मेहताविरुद्ध युनियन अफ इण्डिया***को[41] मुद्दाको तथ्य हेर्दा भारतको भोपालमा पनि युनियन कारबाइड उद्योगबाट पनि ग्यास निस्केर हजारौं मानिसहरूको ज्यान गएको थियो। यस्तो अवस्थामा कठोर दायित्व भने पनि कारखानाका मालिकहरू कठोर दायित्वका छिद्रहरू खोजेर पीडितहरूप्रति अनुदार हुने खतरा बढेपछि अदालतले कठोर दायित्वमा रहेको अपवादका नियमहरूलाई पूर्ण रूपमा अस्वीकार गर्दै घटना नै दायित्वको लागि पर्याप्त हुने भनेर भनी पूर्ण वा निरपेक्ष दायित्वको सिद्धान्त प्रतिपादन गरेको अवस्था छ। *राइलेण्डविरुद्ध फ्लेचर*को[42] मुद्दामा कठोर दायित्वको सिद्धान्त प्रतिपादन भए पनि यसमा अपवादहरूलाई स्वीकार गरिएको हुनाले पीडितलाई वास्तविक अर्थमा न्याय प्रदान गर्न नसकिएको हुनाले पूर्ण दायित्वको सिद्धान्त प्रतिपादन गर्नु परेको हो। यसबाट दुष्कृतिजन्य कार्यहरू अपवादबाट उन्मुक्ति प्राप्त गर्ने र पीडितको अवस्था सम्वोधन नहुने खतरालाई पूर्ण दायित्वको सिद्धान्तले समाप्त गरेको अवस्था छ। पूर्ण दायित्वको सिद्धान्तमा जोखिमयुक्त वस्तुको प्रयोग हुनु नै दायित्वाधीन बनाउने आधार मानिन्छ। कठोर दायित्वमा रहेका अपवादका नियमहरूलाई यसमा स्वीकार गरिँदैन। अर्थात् कार्य नै कठोर दायित्वको लागि पर्याप्त आधार बन्न पुगेको छ।

---

39 *Collier v. Zambito,* 1 NY3d 444 (2004).

40 मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ४९४ (१)(छ) र दफा २ (छ)।

41 *M.C. Mehta v. Union of India* [Oleum gas case] AIR 1987 SC 1086; 1987 SCR (1) 819.

42 *Rylands v. Fletcher* [1868] UKHL 1.

- **भोपाल ग्यास चुहावट मुद्दा (Bhopal Gas Leak Disaster Case)**

२ डिसेम्वर सन् १९८४ को मध्यरातिमा युनियन कार्वाइड फेक्ट्रिबाट भारतको भुपालमा घातक रासायनिक ग्याँस चुहिन गयो। जसको परिणामस्वरुप तत्काल २६०० (पछि ४०००को संख्यामा) मानिसको मृत्यु भयो भने करिव ३०-४० हजार मानिस गम्भीर घाइते भए। अमेरिकामा मुख्यालय भएको यो कम्पनी बहुराष्ट्रिय कम्पनी थियो। भारतका नागरिकहरूले कम्पनीका विरूद्धमा देवानी कारवाही चलाएर न्याय पाउन सक्दैनन् भन्ने भएपछि भारत सरकारले द भुपाल ग्याँस लिक डिजास्टर (प्रोसेसिङ अफ क्लेम्स) ऐक्ट, १९८५ [The Bhopal Gas Leak Disaster (Processing of Claims) Act, 1985] पारित गरेर कारवाहीको जिम्मा एवम् भारत सरकार स्वयम्ले नै लियो। अमेरिकामा मुद्दा चलाएर मुद्दा खारेज भए पनि यस्तो दोहोरो खतराको नियम प्राङन्यायको नियम दुष्कृतिको मामिलामा आकर्षित हुँदैन भन्ने विषयलाई भने स्थापित गरेको छ। त्यसो त फौजदारी कारवाहीमा सफाइ नै पाए पनि दुष्कृतिजन्य दायित्वबाट सफाई पाउन सक्दैन भन्ने दुष्कृतिको स्थापित मान्यता हो। तर नेपाली कानून भने पीडित न्यायमा कठोर छ।[43] आधुनिक समयमा विकास निर्माणको क्रममा विभिन्न जोखिमयुक्त उद्यमहरू हुनु स्वभाविक नै हो। यस्तो उद्यममा लागेका व्यक्तिहरूले पीडितको अवस्थालाई ख्याल नगर्ने तथा सुरक्षासम्बन्धी दायित्वलाई वेवास्ता गर्ने तथा दायित्वका अपवादहरूलाई प्रस्तुत गरेर समाजमा खतरापूर्ण अवस्था उत्पन्न गर्ने भएका कारण पूर्ण दायित्वको सिद्धान्त लगाएर त्यस्ता जोखिमयुक्त उद्यममा लागेका संस्था निकाय वा व्यक्तिहरूलाई उत्तरदायी बनाईन्छ। जोखिमयुक्त उद्यम सुरु गर्नुपूर्व त्यस्ता उद्यमीहरूले म पूर्ण दायित्वअनुसार उत्तरदायी हुन्छु भन्ने कुराको हेक्का राख्नुपर्ने हुन्छ।

यो सिद्धान्तमा जोखिमयुक्त उद्यमको पूर्ण (Absolute) तथा अप्रत्यायोजित (Non-delegable) कर्तव्य रहेको छ कि उसले त्यस्तो खतरापूर्ण अवस्थामा कुनै प्रकारको घटना नहोस् भनेर व्यवस्था गर्नुपर्दछ भन्ने मान्यता हुन्छ। कर्तव्य पालनामा कुनै कमि कमजोरी हुन पुग्यो भने पूर्ण दायित्वअनुसार स्वतः क्षतिपूर्तिको लागि उत्तरदायी हुनुपर्ने हुन्छ। यसमा प्रतिरक्षाका कुनै पनि तर्क अगाडि सारिए तापनि स्वीकार गरिँदैन।

११. पूर्ण दायित्वको विस्तार क्षेत्र

जोखिमयुक्त सन्दर्भबाट प्रतिपादन भएको पूर्ण दायित्वको सिद्धान्त वर्तमान सुरक्षाको सम्बन्धमा गरिएका उच्च प्रकारका त्रुटि वा लापर्बाहीका विषयसम्म विस्तार हुन पुगेको छ। भारतमा उक्त सिद्धान्तलाई विद्यालयका शिक्षकहरूले आफ्ना विद्यार्थीको सुरक्षाको विषय पनि पूर्ण दायित्वमा अन्तर्गत पर्दछ भनी व्याख्या भएको अवस्था छ। एक घटनामा डलहौजी पब्लिक स्कूल पठानकोटले आफ्ना अवयष्क विद्यार्थीहरूको लागि वनभोज कार्यक्रम आयोजना गऱ्यो। वनभोजमा २ शिक्षकहरूको साथमा १४ जना विद्यार्थीहरू वनभोज क्षेत्रबाट टाढा मनोरञ्जनको लागि गए। उनीहरू यकायक ६-८ फिट गहिरो डिबरमा (Dibber) फस्न पुगे। शिक्षकहरू त बच्न सफल भए तर बच्चाहरूको मृत्यु हुन पुग्यो। यस घटनामा

[43] मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा १४ र ६८३। एक दफाले फौजदारी कारवाही नचलाएको भन्ने उल्लेख गर्दछ। सफाई भन्दैन। अर्को दफाले फौजदारी कसूर मानिएकोमा दायित्व व्यहोर्न नपर्ने भन्ने उल्लेख गर्दछ। दुवैलाई साथ राखेर हेर्दा नेपाली कानूनमा पीडितहरूलाई न्याय दिलाउन कठिन हुने अवस्था छ।

बच्चाहरूको सम्बन्धमा शिक्षकहरूको दायित्व पूर्ण मानियो।[44] त्यसैगरी भारतमा वातावरण प्रदुषणको विषयमा पनि पूर्ण दायित्वको सिद्धान्तलाई अवलम्वन गरिएको छ।[45]

१२. कठोर दायित्व र पूर्ण दायित्वमा फरक

क) दुवैमा कार्य नै पर्याप्त मानिए पनि कठोर दायित्वमा अपवाद स्वीकार गरिन्छ।

ख) पूर्ण दायित्वमा जोखिमयुक्त उद्यममा संलग्न हुनु नै पर्याप्त मानिन्छ। कठोर दायित्वमा अपवादको अवस्था थिएन भन्ने स्थापित गर्नुपर्ने हुन्छ।

ग) कठोर दायित्वमा वादीको हेलचेत्र्याइँको आधारमा क्षतिपूर्तिको अंकमा कम हुने खतरा रहन्छ। पूर्ण दायित्वमा क्षतिको आङ्कलन जोखिमयुक्त उद्यमको सुरक्षाको उच्चतम मानक के थियो भन्ने आधारमा विश्लेषण गरिन्छ। नाफा मात्र खाने जोखिमको न्यूनीकरण गर्ने प्रयासमा नलागेको भएमा क्षतिको उच्चतम अंक निर्धारण हुन्छ।

घ) पूर्ण दायित्वमा सुरक्षा एवम् उत्तरदायित्वको अवस्था प्रारम्भदेखि नै रहेको हुन्छ। कठोर दायित्वमा घटनाको अवस्थालाई हेरिने हुन्छ। पूर्ण दायित्वको सिद्धान्त आवाज उठाउन नसक्ने पीडितहरूको सुरक्षा माध्यमको रूपमा रहेको छ।

१३. परदायित्वको सिद्धान्त (Vicarious Liability)

मनसायपूर्वक दुष्कृतिको दायित्वको सन्दर्भबाट हेर्दा सामान्यतया आफूले गरेको कार्यको लागि आफै उत्तरदायी हुनुपर्दछ। तर परदायित्वको सिद्धान्तअनुसार अरूले गरेको दुष्कृतिजन्य कार्यका लागि कुनै व्यक्ति जवाफदेही हुनुपर्ने सिद्धान्त नै परदायित्वको सिद्धान्त हो। यो विशेष अवस्था हो। परदायित्वको सिद्धान्तका केही शर्तहरू (Conditions) रहेका छन्।

- अरूद्वारा गरिएको कार्य तथा लोपको अवस्था,
- दुष्कृतिजन्य कार्य, कर्ता र प्रतिवादीका बीचमा खास अन्तरसम्बन्ध

नेपाली कानूनी व्यवस्थामा पनि परदायित्वको अवधारणा स्वीकार गरिएको छ। आफूले काममा लगाएको घरेलु सहायक, अन्य कामदार वा कर्मचारीले त्यस्तो कामको सिलसिलामा असल नियतले गरेको कुनै कार्यबाट कसैलाई हानि, नोकसानी भएमा त्यसरी काममा लगाउने व्यक्ति, फर्म, कम्पनी वा संस्थाले त्यसको दायित्व व्यहोर्नु पर्ने हुन्छ। तर कामदार वा कर्मचारीको हेलचेत्र्याइँ वा वदनियतले गरेको कामबापतको दायित्व भने त्यस्तो कामदार वा कर्मचारी आफैले व्यहोर्नु पर्छ।[46] परदायित्व वहन गर्नुपर्ने अवस्थामा खास खास अवस्थाहरू हुनुपर्ने हुन्छ। ती निम्नबमोजिम रहेका छन्।

---

44 *M.S. Grewal & Anr v. Deep Chand Sood & Ors*, (2001) 8 SCC 151 अन्य केस *Lata Wadhwa and Ors. v. State of Bihar and Ors.*, (2001) 8 SCC 197.

45 *Indian Council for Enviro-Legal Action v. Union of India*1996 AIR 1446;1996 SCC (3) 212.

46 मुलुकी देवानी संहिता, २०७४, दफा ६७५ काम लगाउने व्यक्तिले दायित्व व्यहोर्नु पर्ने।

क) प्रमुख र अभिकर्ता (Principle and Agent)

यदि कसैले अरू कसैलाई कुनै काम गर्न लगाउँछ भने त्यस अवस्थामा सो व्यक्तिले सम्पादन गरेका सम्पूर्ण कार्यको जवाफदेही हुनुपर्दछ। अर्थात् अभिकर्ताको कार्य प्रधानको कार्य मानिन्छ।[47] काम गर्न दिएको आदेश प्रत्यक्ष वा अभिव्यक्त (Express) तथा गर्भित (Implied) दुवै हुन सक्छ। कहिलेकाहीँ अभिकर्ताले गरेको कार्यलाई पछि समर्थन (Ratification) गरेको छ भने पनि त्यस अवस्थामा पनि उत्तरदायी हुनुपर्दछ। यस्तो समर्थन प्रमुख आफैले गरेको हुनुपर्ने हुन्छ। समर्थन गर्दा अभिकर्ताले गरेको कार्यको पूर्ण जानकारी पनि प्रमुखलाई हुनुपर्दछ। जानकारी विना समर्थन गरेको स्थापित भएमा त्यस अवस्थामा उत्तरदायी नहुने अवस्था उत्पन्न हुन्छ।

आफ्नो अभिकर्ताले गरेको कार्यमा उत्तरदायी बनाउनको लागि सो कार्य प्रमुखको तर्फबाट गरिएको वा कार्यको समयावधिभित्र गरेको हुनुपर्दछ। उदाहरणको लागि बैङ्कको साथी कर्मचारीलाई रकम बैङ्कमा जम्मा गर्न भनेर दिएकोमा साथीले रकम खातामा जम्मा नगरेर आफै दुरूपयोग गऱ्यो। यस अवस्थामा जालसाजी भनेर दावी गर्दा बैङ्क उत्तरदायी हुनु पर्दैन।[48] आफ्नो सवारी आफू पनि त्यही बसेर चलाउन दिएको अवस्थामा कुनै दुर्घटना हुन पुग्यो भने त्यस अवस्थामा सवारी मालिक उत्तरदायी हुनुपर्दछ।[49]

ख) साझेदार (Partners)

साझेदारहरूका बीचको अन्तरसम्बन्ध एक अर्काका लागि प्रमुख र अभिकर्ताको रूपमा हुने हुनाले कुनै एक साझेदारले गरेको कार्यमा अर्को साझेदार पनि उत्तरदायी हुनुपर्दछ। कार्य भने साझेदारको पेशा व्यवसायसँग सम्बन्धित हुनुपर्दछ। साझेदारले आफ्नो निजी सम्बन्धमा गरेको कार्यमा भने निजी रूपमा मात्र उत्तरदायी हुनुपर्ने हुन्छ भनी व्याख्या गर्ने गरिएको छ।

ग) स्वामी एवम् नोकर (Master and Servent)

प्रत्योजनका क्रममा आफ्ना नोकरले गरेको कार्यमा मालिक पनि उत्तरदायी हुनुपर्दछ। नोकर अधिकारको प्रत्यायोजनको लागि उत्तरदायी हुन्छ। तर नोकर उत्तरदायी हुने मात्रा भने फरक हुन सक्छ। कानुनमा स्पष्ट मात्रा लेखेको भए सोहीबमोजिम र स्पष्ट उल्लेख नभएको भए अदालतले निर्धारण गरे अनुसारको मात्रामा वहन गर्नुपर्ने हुन्छ। नेपालमा कानूनमा उल्लेख भएको अवस्था सवारी तथा यातायात व्यवस्था ऐन २०४९ लाई लिन सकिन्छ।[50]

---

47 *Qui facit per alium facit per se.*

48 *State Bank of India v.* Smt. *Shyama Devi, AIR 1978 SC 1263;* 1978 SCR (3)1009.

49 *Ormrod v. Crosville Motor Services Ltd,* CA *[1953] 1 WLR 1120, [1953] 2 All ER 753.*

50 सवारी तथा यातायात व्यवस्था ऐन, २०४९, दफा १६३(४)। घा खर्च कृया खर्च तथा क्षतिपूर्तिको रकम भराउने क्रममा कूल रकमको पाँच प्रतिशतभन्दा बढी रकम चालकबाट नभराइने व्यवस्था गरिएको छ।

मालिकलाई उत्तरदायी बनाउनको लागि "प्रतिवादी उत्कृष्ट" (Respondent Superior[51]) भन्ने सिद्धान्त छ। यसको मतलव "प्रमुखलाई उत्तरदायी बनाउ" (Let the principle be liable) भन्ने हुन्छ। यो सिद्धान्त ल्याटिन सुत्र *"qui facit per alium facit per se"* मा आधारित छ। कुनै व्यक्तिले अरुमार्फत काम गराउँछ भने सो कार्य उसले गरेको मानिन्छ (He who does and act through another is deemed in law to do himself)। "प्रतिवादी उत्कृष्ट" (Respondent Superior) भन्ने सिद्धान्तअनुसार नोकरले गरेको कामबाट कुनै लाभ भएको वा नभएको जे भए पनि मालिक उत्तरदायी हुनुपर्दछ।[52]

१४. नोकरी वा रोजगारीका सन्दर्भमा (The Course of Employment)

परदायित्वको सिद्धान्तअनुसार दायित्व वहन गराउन अमुक कार्य प्रत्यायोजनको अनुक्रम हो वा होइन भन्ने तथ्यलाई विशेष रूपमा हेरिने हुनाले सो सम्बन्धमा जानकारी राख्न आवश्यक छ। निम्न प्रकृतिका कार्यहरूलाई नियोजनको क्रममा भएको मानिन्छ।[53]

- स्वामीले प्रत्यायोजन गरेको कुनै पनि दुष्कृतिजन्य कार्य।
- स्वामीद्वारा प्रत्यायोजित तर दुष्कृतिजन्य तवरबाट सम्पन्न गरिएको कार्य।
- स्वामीद्वारा प्रत्यायोजित नगरिएको तर नोकरले स्वामीको तर्फबाट गरेको कार्य।

रोजगारको सन्दर्भमा कुन कुन अवस्थामा परदायित्व उत्पन्न हुन्छ भन्ने सम्बन्धमा *अनिता भण्डारी वि. युनियन अफ इन्डियाको*[54] भारतीय मुद्दा महत्त्वपूर्ण रहेको छ। यसमा वादीको श्रीमान् बैंकमा गए। वादीका श्रीमान बैङ्कमा प्रवेश गर्दै गर्दा बैंकको नगदी बाकस पनि लैजाने काम थियो। यसमा वादीको श्रीमानले आफ्नो साधन गलत साइडमा लगेर पार्क गरी राखेको थियो। सुरक्षाकर्मीलाई वादीको श्रीमान्को गतिविधि शंकाष्पद लागेर गोली हान्यो। परिणामतः वादीको श्रीमान्को मृत्यु भयो। यस घटनामा बैङ्कलाई परदायित्वको आधारमा उसको सुरक्षाकर्मीले गरेको दुष्कृतिजन्य कार्यका सन्दर्भमा दावी गरियो। बैङ्कको तर्फबाट प्रस्तुत गरिएको जवाफमा सुरक्षा कर्मीलाई गोली हान्ने अधिकार दिएको छैन। यसर्थ सुरक्षाकर्मीले गरेको कार्यको लागि बैङ्क उत्तरदायी हुँदैन भनी व्याख्या गऱ्यो। यसमा विवाद उठाइएको थियो कि मालिक आफ्नो नोकरद्वारा गरिएको त्रुटिपूर्ण कार्यको लागि जिम्मेवार हुँदैन। मालिकले त्यस्तो दोषयुक्त कार्य गर्नमा अधिकार प्रदान नगरेको अवस्थामा नोकरले अनधिकृत प्रत्यायोजन नगरिएको कार्य गर्दछ भने मालिक जवाफदेही हुँदैन। यस मुद्दामा सुरक्षाकर्मीको कार्य नगदले भरिएको बाकसको सुरक्षा गर्नमा थियो। सुरक्षाकर्मीले मृतकको कारण आसन्न खतराको अवस्था मूल्याङ्कन गऱ्यो। मृतकलाई गोली हान्ने कार्य

---

[51] सिद्धान्त अवधारणा व्याख्या एवम विश्लेषणको लागि Case No.24435 *Gladys Jeanette Courtless v. David Clyde Jolliffe & Princess Beverly Coal Company* (1998) Supreme Court Of Appeals of West Virginia. courtswv.gov/supreme-court/docs/spring1998/24435.

[52] *Canadian Pacific Railway Co v. Lockhart* [1942] AC 591, [1941] SCR 278, [1942] All ER 464; *Twine v. Beans Express Ltd.,* (1946) 62 TLR 155; *Limpus v. London General Omnibus Company* (1862) 1 H&C 526, [1862] EngR 839, (1862) 1 H & C 526, (1862) 158 ER 993.

[53] डा. राजेन्द्र कुमार आचार्य, पूर्वपाद टिप्पणी, ३ पृष्ठ १४०-१४१.

[54] *Anita Bhandari v. Union of India* (Uoi) (2003) 2 GLR 1093, I (2005) ACC 780.

सुरक्षाकर्मीको कार्य प्रकृतिसँग सम्बन्धित रहेको छ। सुरक्षाकर्मीको रूपमा नियुक्त गरेर बन्दुकसमेत हस्तान्तरण गरेपछि मान्यता रहन्छ कि परिस्थितिअनुसार उसले सो बन्दुक प्रयोग गर्दछ र गर्नु पनि पर्दछ। मृतकले गलत क्षेत्रमा सवारी पार्किङ गर्नु र सोही अवस्थामा नगदले भरिएको बाकस आउने अवस्थाले सुरक्षाकर्मीलाई गोली चलाउने परिस्थितिको निर्माण भएको छ। नगदलाई सुरक्षित तवरबाट बैङ्कमा पुग्ने वातावरणको सिर्जना गर्नु सुरक्षाकर्मीको काम हो भन्नलाई गोली चलाउनु पर्ने उच्चतम अवस्था थिएन भनिए पनि कतिखेर कुन अवस्थामा गोली चलाउने भनेर भन्न सकिँदैन। अदालतले बैङ्कको तर्क मानेन र अदालतले उक्त बैंकलाई उत्तरदायी ठहरायो। सुरक्षाकर्मीलाई आवश्यक पारेको अवस्थामा गोली हान्ने अधिकार दिइएको तथा सो अधिकार रहेको छ। सुरक्षाकर्मीले गोली हान्ने काम उसले गार्डले आफ्नो कर्तव्य पालनको क्रममा गरेको हो। सो कार्य रोजगारको क्रममा गरिएको हुनाले बैङ्क उत्तरदायी छ भनिएको छ।

नियुक्तिकर्ताको दायित्व कामदारहरूको अवस्था एवम् उनीहरूको बानी व्यहोरामा कामदार संस्था वा कम्पनीको जिम्मेवारीका विषयमा जहिले पनि पेचिलो प्रश्नहरू उत्पन्न हुने हुन्छ। कस्तो अवस्थामा नियुक्तिको अवस्थाबाट उत्पन्न भएको विषय हो भनी निकै गम्भीर विषय रहेको हुन्छ।

नियुक्तको क्रममा उत्पन्न परदायित्व कुन हदसम्म जाने भन्ने सम्बन्धमा *Fletcher v. Baltimor*[55] मुद्दालाई लिन सकिन्छ। प्रस्तुत मुद्दामा भएका तथ्यहरू हेर्दा प्रतिवादी एक रेलमार्ग निगम थियो। सो निगमले कोलम्विया जिल्लामा व्यापार गर्दथ्यो। विवादित दिनमा वाशिङ्टनमा वादी प्रतिवादीको काममा थियो। वादीले आफ्नो कार्यशालामा काम साँझ लगभग ६ बजे पूरा गऱ्यो अनि घरको लागि प्रस्थान गऱ्यो। वादी रेलवे ट्र्याकको दक्षिण फुटपाथमा खडा रहेकोमा प्रतिवादीको रेल वादीको नजिकबाट गयो। रेलको गति २० मील प्रतिघन्टा थियो। साक्षीहरुको भनाईअनुसार सो भन्दा पनि कम थियो।

यसमा वादीद्वारा व्यक्तिगत चोटको लागि प्रतिवादी निगमबाट क्षतिपूर्ति असुल गर्नको लागि मुद्दा प्रस्तुत गरिएको थियो। अमुक चोटपटक हानि नोकसानी निगमका एजेन्ट एवम् नोकरहरूको लापर्बाहीको कारण हुन गएको थियो। जब रेल ज्यादै नजिकबाट पार गऱ्यो त्यसै बखतमा एक कामदारले काठको टुक्रा फाल्दा वादीलाई लाग्यो र सधैंका लागि अपाङ्ग हुने अवस्था आयो। यसमा सुरु अदालतबाट कम्पनी उत्तरदायी नहुने फैसला भएकोमा पुनरावेदन तहमा कारवाही चलाइयो। यसमा विभिन्न प्रश्नहरू उत्पन्न हुन गए। वादीले दुर्घटनाको समयमा आफ्नो रोजगारी काम समाप्त गरेको थियो। साथै प्रतिवादीको कार्यशाला क्षेत्र छाडिसकेको थियो। वादी शहरको सार्वजनिक राजमार्गमा हिडेको थियो जुन अरू सामान्य नागरिक पनि त्यसैगरी हिडछन्। कुनै पनि यात्रीले रेलमा गरेको लापर्बाही या जोखिमयुक्त कार्यबाट कोही घाइते हुन्छ भने रोजगारको दायराभन्दा बाहिरको कार्य हो। कम्पनीका तर्फबाट गरिएको लापर्बाही एवम् हेलचेत्र्याइँको विषयमा कम्पनीमा दायित्वको आधार बन्न जान्छ। यसमा रेलमा रहेको व्यक्ति कम्पनीका

[55] Fletcher v. Baltimore & Potomac R. Co., 168 U.S. 135 (1897) यो मुद्दामा पुनः सुनुवाई समेतको आदेश जारी भएको छ।

कर्मचारी थिए। उनीहरूलाई घर लगिदै थियो। परिवहनको समयमा कम्पनीले उनीहरूलाई पूर्ण नियन्त्रण भने गर्न सक्दथ्यो।

कम्पनीको सुरक्षाको दायित्व कुन हदसम्म जाने भन्ने विषय पेचिलो रहेको हुन्छ। कम्पनीलाई आफ्ना कर्मचारीहरूको कुनै खराव वा जोखिमयुक्त बानी व्यहोराको जानकारी छ भने कम्पनीले ती कर्मचारी कामदारको बानीव्यहोराबाट अरूलाई असुरक्षा नहोस् भनेर कुनै सुरक्षात्मक उपाय अवलम्वन गर्नुपर्ने कि नपर्ने भन्ने महत्त्वपूर्ण प्रश्न उत्पन्न भएको थियो। यस्तोमा कर्मचारी कामदारका त्यस्ता गतिविधि सामान्यतया जोखिमयुक्त छैनन् भने कम्पनी उत्तरदायी हुनु पर्दैन।

कम्पनी निश्चित रूपमा राजमार्ग वा यसको सडक छेउछाउको नजिकै सार्वजनिक व्यक्तिहरूको सुरक्षाका लागि जिम्मेवार होइन। तर कम्पनी राजमार्गमा कानूनी रूपमा रहेका व्यक्तिलाई चोट पुऱ्याउने कुनै जोखिमयुक्त कार्यहरू रेलमा भएका यात्रु वा कर्मचारीले गर्ने छैनन् भन्ने कुराको सुनिश्चित थियो। चलिरहेको रेलबाट काठ फाल्ने कामको बारेमा कम्पनी अवगत थियो। यसमा उक्त कार्यका लागि कम्पनी उत्तरदायी हुनुपर्छ भनी व्याख्या गरियो।

१५. गहिरो खल्तीको सिद्धान्त (The 'Deepest Pocket' Principle)

प्रतिनिधिमूलक दायित्वमा गहिरो खल्तीको सिद्धान्त प्रमुख रहेको छ। यसको मतलव काममा लगाउने मालिकसँग सक्षमता छ भन्ने हुन्छ।[56] अर्काको लागि काम गर्ने मानिसको खल्ती अर्थात् सक्षमता सीमित हुन्छ। उदाहरणको लागि सरकारी कर्मचारी कार्यालय सहयोगीको पारिश्रमिक भनेको थोरै हुन्छ। सरकारी काम गर्दाको अवस्थामा हुन गएको दोषपूर्ण कार्यको परिणाम वहन गर्नुपर्ने क्षतिपूर्तिको रकम उसले वर्षौंमा पाउने पारिश्रमिक बराबर हुन पुग्यो भने सो कमर्चारीले वहन गर्न सक्दैन। यस्तोमा सरकारलाई उत्तरदायी बनाउनु पर्ने हुन्छ। सरकारको खल्ती गहिरो हुन्छ भनी तर्क गरिन्छ।

कर्मचारी कारिन्दा हुन्। कारिन्दाभन्दा खटाउन लगाउने व्यक्ति नै अधिक सक्षम हुन्छ। गहिरो खल्ती भन्दैमा कर्मचारी कामदारलाई दोषपूर्ण वा गलत कार्य गर्नमा छुट भने हुँदैन। अदालतले पहिले सक्षम अर्थात् गहिरो खल्ती सरकारको हुनाले सोबाट परिपूरण गराएपछि दोषपूर्ण कार्य गर्ने व्यक्तिलाई पनि अदालतले दायित्व निर्धारण गरी उत्तरदायी वहन गराइछ। यो कार्यको परिस्थितिअनुसार अदालतले निर्णय गर्दछ।

१६. सवारी साधानमा तेश्रो व्यक्तिको सवारी

सरकारी वा गैरसरकारी जे जस्तो सवारी साधान भए पनि त्यसमा सम्बन्धित अधिकारी वा मालिकको आज्ञा विना यदि चालकले तेश्रो व्यक्ति चढाएर लैजान्छ र कारणवश कुनै अप्रिय घटनाको सामना गर्नु परेमा त्यस्तो अवस्थामा को उत्तरदायी हुन्छ भन्ने प्रश्न बारम्वार आइरहन्छ। सरकारी सवारी साधन भए

56 हेर्नुहोस् Renslow vs. Mennonite Hosp., 367 N.E.2d 1250, 1265 (Ill. 1977).

तोकिएको अधिकारी बाहेक अरू चढ्न पाइँदैन। नेपालमा सरकारी साधनमा तेश्रो व्यक्ति सवारी हुने प्रचलन अत्यधिक मात्रामा देख्न पाइन्छ। यस्तोमा कथंकदाचित कुनै दुर्घटना हुन गयो भने नेपाल सरकार उत्तरदायी हुनु पर्दैन। यो नियम निजी सवारीको हकमा पनि लागू हुन्छ। मालिकको आज्ञा आदेश विना यदि चालकले तेश्रो व्यक्ति चढाउँछ भने सो उसले आफ्नो जोखिममा काम गरेको हुन्छ। मालिकलाई बसपार्क वा एअरपोर्टमा लिन भनेर गैराखेको अवस्थामा बाटोमा कसैलाई चढाउँदा मालिकको आदेश हुँदैन। यस्तो कुरालाई मालिकले अनुमोदन गर्ने कुरा पनि हुँदैन। मालिकलाई लिन गैराखेको प्रत्यायोजनको सन्दर्भमा भए पनि आदेश प्रतिकूल कार्य गरेको हुँदा मालिक उत्तरदायी हुनु पर्दैन। यही नियम सरकारी सवारी साधनको हकमा पनि लागू हुन्छ। तर सरकारी सम्बन्धित अधिकारीले अमुक व्यक्तिलाई अमुक स्थानसम्म पुऱ्याएर आउनु भनेर पठाएको भए त्यस अवस्थामा हुन गएको हानि नोकसानीमा सरकार उत्तरदायी हुनुपर्दछ। सम्बन्धित अधिकारीले आफ्नो अधिकारको दुरूपयोग गरेको भएमा निजलाई कारवाही हुने अर्को प्रश्न रहे पनि जोखिमबाट उत्पन्न परिस्थितिको सामना सरकारले गर्नुपर्ने हुन्छ।

कुनै पनि सवारीमा चालकले विना अनुमति कुनै तेश्रो व्यक्तिलाई लिफ्ट दिने कार्य उसको अधिकार प्रत्योजनभन्दा बाहिरको हुनाले उत्पन्न परिस्थितिमा सवारी चालक भने पूर्ण रूपमा जवाफदेही हुनुपर्दछ। भारतमा एक घटनामा[57] सरकारी जीपको चालकले जीप वर्कशपबाट सवारी लैजाने क्रममा सवारी आफ्नो मनोरञ्जनको लागि लिएर गयो। साथै बाटोमा केही अरु व्यक्तिहरूलाई पनि बसाल्यो। कारणवश जीप दुर्घटनाग्रस्त भयो। बाटोमा चढेकामध्ये २ जनाको मृत्यु भयो १ जना घाइते भए। यस घटनामा अदालतले राज्य सरकारलाई प्रतिनिधिक दायित्वमा उत्तरदायी ठहर गरेन। चालकले अधिकार प्रत्योजनको सन्दर्भभन्दा बाहिर गएर काम गरेको थियो। अनुमति विना सवारी चढनेहरू सम्बन्धित सवारी धनि वा सरकारको लागि विना अनुमति प्रबेश गर्ने व्यक्ति (Trespassers) मानिन्छन्। सोका लागि निगम उत्तरदायी मानिदैन्।

भारतमा अर्को एक घटनामा[58] एक मालवाहक ट्रक चालकले मालिकको आदेशको बर्खिलाप गरेर एक यात्रीलाई चढाएर लग्यो। यात्रा क्रममा हुन गएको दुर्घटनामा सो यात्रीको मृत्यु हुन पुग्यो। यसमा पनि ट्रकको मालिकलाई उत्तरदायी बनाइएन। ट्रक नियोजनको क्रममा चलाएको भए पनि यात्रु राख्ने काम अधिकार प्रत्योजनभन्दा बाहिरको थियो। ट्रकको मालिकको लागि सो यात्री एक अतिचारी (Trespassers) थियो। सवारी चालक व्यक्तिगत रूपमा उत्तरदायी हुनपर्ने अवस्था आयो।

त्यसैगरी सवारी चलाउदै गर्दा आफ्नै कार्यालयको कर्मचारी वा मालिकको परिवारको सदस्यलाई सवारीमा चढाएको अवस्थामा भने स्वामीको दायित्व उत्पन्न हुन्छ। जस्तैः कुनै कम्पनीको सवारी चलाइरहेको

---

57 *Premwati v. State of Rajasthan,* A.I.R. 1977 Raj. 116.

58 *Jiwan Das Roshan Lal v. Karnail Singh,* A.I.R.1980 P&H 167.

अवस्थामा आफ्नै संस्थाको काम गर्ने कर्मचारीलाई लिफ्ट दिएको अवस्थामा हुन गएको हानि नोकसानीमा कम्पनी उत्तरदायी हुन्छ। आफ्ना कर्मचारीलाई लिफ्ट दिनुपर्ने भन्ने कुरा पूर्वनिर्धारित नै हुने हुनाले कम्पनीले दायित्व वहन गर्नुपर्दछ।[59] यो नियम सरकारी सवारीमा पनि लागू हुन्छ।

१७. स्वतन्त्र ठेकेदार (Independent Contractors)

ठेकेदार एक स्वतन्त्र पेशागत व्यक्ति वा एक व्यवसाय हो जसले कुनै प्रत्यक्ष र अप्रत्यक्ष लिखित व्यहोरा करारका शर्तहरुको आधारमा सेवा प्रवाह (Performs Services) वा व्यवसाय गर्दछ। स्वतन्त्र ठेकेदार ग्राहकको नियन्त्रण या निर्देशनको अधीन हुँदैन। स्वतन्त्र ठेकेदार केवल लिखत वा सो अन्तर्गत निर्धारण भएका शर्तका अधीन हुन्छ।

एक स्वतन्त्र ठेकेदार आफैले निर्धारित सेवा कसरी सम्पादन गर्ने भनेर आफै निर्णय गर्दछ। यदि व्यावसायिक सेवा प्रवाह रहेछ भने कसरी समयमा सम्पादन र हस्तान्तरण गर्ने लगायतका प्रस्तावित कार्यको प्रकृतिअनुसार निर्णय गर्ने गर्दछ। संगठनको रूपमा स्वतन्त्र ठेकेदार रहेको सामूहिक निर्णय प्रक्रियामा एक अर्कोको सहभागिता रहे पनि सो सेवा प्राप्त गर्ने ग्राहक वा सेवाग्राही उपर नियन्त्रण एवम् निर्देशन रहन सक्दैन।

स्वतन्त्र ठेकेदारका हकमा सामान्य नियमअनुसार स्वाग्राहीले प्राप्त गरेको सेवाको स्वरूप एवम् परिणामअनुसार आफूले भुक्तान गर्नुपर्ने आर्थिक दायित्वका विषयमा केही अवरोध वा नियन्त्रण वा निर्देशन जारी हुन सक्दछ। सेवाग्राहीले केवल कामको परिणामलाई नियन्त्रित वा निर्देशित गर्ने अधिकार रहन्छ। स्वतन्त्र ठेकेदारलाई यसो गर्नु वा यसो नगर्नु भनेर भन्न सक्दैन। स्वतन्त्र ठेकेदारको रूपमा काम गर्ने व्यक्तिको कमाई स्वरोजगारको (Self-Employment) रूपमा हुन्छ।

एक व्यक्ति वा कर्मचारी स्वतन्त्र ठेकेदार हो कि होइन भनेर निर्धारण गर्न, कम्पनीले व्यक्तिसँगको सम्बन्धमा नियन्त्रणको निम्न अवस्थाको पहिचान हुन आवश्यक हुन्छ।

- के कम्पनीले आफ्ना कामदारले सम्पादन गर्ने काममा नियन्त्रण गरेको छ वा नियन्त्रण गर्ने शक्ति वा अधिकार रहेको छ ?
- के कम्पनीले श्रमिकको नोकरी एवम् कार्य सम्पादनमा रहेका व्यावसायिक पक्षहरूलाई (Business Aspects) नियन्त्रित गर्दछ? यस अन्तर्गत भुक्तानी कसरी गर्ने तथा गरिएको भुक्तानीको सोधभर्ना (Reimbursement) हुन्छ हुँदैन वा कसरी हुन्छ तथा प्रयोग गरिने उपकरणको आपूर्ति के कसरी गर्ने जस्ता विषयहरू पनि सामेल रहेका छन्।

---

[59] *Pushpabai Purshottam Udeshi & Ors vs. Ranjit Ginning & Pressing Co*., 1977 AIR 1735, 1977 SCR (3) 372; Young vs. Edward Box & Co Ltd; [1951] 1 TLR 789.

- कामदार एवम् कर्मचारीका सम्बन्धमा कुनै करारका शर्त एवम् उनीहरूको लाभ जस्तै पेन्सन योजना, बीमा, तलवसहितको विदा (Pension Plan, Insurance, or Vacation Pay) आदि छ छैन त्यसको अवस्था के छ ?
- त्यसैगरी कम्पनी वा व्यावसायिक प्रतिष्ठान वा सेवा प्रदायक र कामदारका बीचमा रहको अन्तरसम्बन्ध निरन्तर रहेको छ वा निरन्तर रहने सम्भावना छ वा सो सम्बन्ध व्यवसायको एक महत्त्वपूर्ण भाग हो ?

उपर्युक्त प्रश्नको सम्बन्धमा जवाफ सकारात्मक आएमा ऊ एक स्वतन्त्र ठेकेदार मानिन्छ। सामान्यतया नियुक्तिकर्ताहरू आफ्ना कर्मचारीहरूद्वारा नियुक्तिको क्रममा अर्थात् रोजगारीको दायरा एवम् कार्यक्षेत्रमा गरिएका लापर्बाही एवम् हेलचेक्र्याइँपूर्वक गरिएको कार्यका कारण उत्पन्न त्रुटिका लागि परदायित्व बहन गर्नुपर्ने हुन्छ।

१८. नोकर र स्वतन्त्र ठेकेदार (Servant And Independent Contractor)

एक नोकर एवम् स्वतन्त्र ठेकेदार (Servant and Independent Contractor) दुवै नियुक्तिकर्ताको केही काम गर्नको लागि तोकिएका हुन्छन्। तर पनि यिनीहरूको कानूनी सम्बन्धमा अन्तर हुन्छ। एक नोकर सेवा करारको (Contract of Services) आधारमा कार्यमा जुटेको हुन्छ भने स्वतन्त्र ठेकेदार सेवाहरूको लागि करारको (Contract for Services) आधारमा कार्यमा जुटेको हुन्छ। आफ्ना नोकर एवम् नोकरले गरेको गल्तीको परिणामप्रति नियुक्तिकर्ता स्वतन्त्र ठेकेदारको तुलनामा बढी (Onerous) रूपमा जवाफदेही हुनुपर्दछ। यदि कुनै नोकर आफ्नो नियोजनको सन्दर्भमा गलत काम गर्दछ भने साथै मालिक स्वामी पनि उत्तरदायी हुनुपर्ने हुन्छ।

एक नोकर आफ्ना मालिकको निर्देशन र नियन्त्रणमा काम गर्दछ। सामान्य नियमको रूपमा मालिक आफ्नो नोकरको दुष्कृतिको लागि जिम्मेवार छ। तर ऊ स्वतन्त्र ठेकेदारको दुष्कृतिको लागि उत्तरदायी हुँदैन। नोकर आफ्नो मालिकको एक एजेन्ट हो जो काम गर्ने तरीकाको बारेमा आफ्नो रोजगारदाताको नियन्त्रण र सुपरीवेक्षकको अधीनमा रहन्छ। एक स्वतन्त्र ठेकेदार यस्तो कुनै नियन्त्रणको अधीनमा छैन। उसले केही काम गर्नको लागि काम गर्छ र कुन तरिकाले काम गर्नुपर्दछ भन्ने सम्बन्धमा आफ्नै निर्णय एवम् आफ्नै विवेक प्रयोग गर्न सक्षम हुन्छ। कामको सम्बन्धमा ऊ स्वतन्त्र ठेकेदार आफै मालिक हो। मैले मेरो सवारी साधन चलाउन सवारी चालक नियुक्त गरेँ र उसले मैले निर्देश गरेअनुसार सवारी चलाउनु पर्ने हुन्छ। सवारी चलाउने क्रममा यदि चालकले कुनै दुर्घटना गरायो भने सो दुर्घटनाको परिणामबाट उत्पन्न भएका उत्तरदायित्वहरू मैले वहन गर्नुपर्दछ र मेरो सवारी चालकले गरेको कामका लागि दायित्व बहन गर्नुपर्दछ।

तर त्यसको विपरीत मैले कुनै ट्याक्सी भाडामा लिएर बसपार्कमा लैजान भनेर आदेश दिए भने यस अवस्थामा सो ट्याक्सी चालक स्वतन्त्र ठेकेदार हो। उसले अमुक स्थानमा पुऱ्याउने क्रममा अमुक अमुक

स्थान हुँदै चलाउन सक्छ। मैले भनेको आधारमा अमुक स्थान हुँदै जान सक्छ। तर सो ट्याक्सी चलाउने क्रममा मैले ट्याक्सी चालकलाई नियन्त्रण र निर्देशन दिन सक्ने अवस्थामा हुँदैन। उसले आफ्नो निर्णय र विवेकको आधारमा सवारी चलाउन सक्छ। त्यस क्रममा कुनै दुर्घटना हुन गयो भने सो अवस्थामा मैले अमुक स्थानमा लैजान भनेको भन्ने कारण म उत्तरदायी हुन पर्दैन। सो चालक स्वयम नै उत्तरदायी हुन्छ।

१९. परम्परागत दृष्टिकोणः नियन्त्रणको परीक्षण (Traditional View: Test of Control)

कुनै व्यक्तिले आफ्ना कामदार वा नोकरलाई कामको दौरानमा कुनै पनि समयमा कुनै पनि निर्देशन दिन सक्छ वा नियन्त्रण गर्न सक्दछ भने ऊ मालिक (Master) हो भन्ने बुझिन्छ। मालिक र नोकरको भेद छुट्याउने परम्परागत तरिकामा नियोक्तालाई आफ्ना नोकरले के काम गर्ने? कसरी गर्ने? कहिले गर्ने? भनेर निर्देश दिने सामर्थ्य राख्दछ। तर स्वतन्त्र ठेकेदारको हकमा कुन काम गर्ने हो सो बताउन सक्छ तर काम गर्ने तरिकामा नियन्त्रण भने गर्न सकिँदैन। नियन्त्रणको सम्बन्धमा एक बेण्ड र डान्स हल कम्पनीका बीचमा एक सम्झौता भएको थियो। कम्पनीले बेण्डद्वारा सम्पन्न हुने संगीतमा र प्रदर्शनको क्रममा के कस्तो व्यवहार गर्ने भन्ने सम्बन्धमा नियन्त्रण र निर्देशन दिने अधिकार थियो। यस अवस्थामा बेण्डका सदस्यहरूलाई डान्स हल कम्पनीका कामदार (Employees) मानियो। किनकि कम्पनीलाई नियन्त्रण गर्ने अधिकार थियो।[60]

व्यवसायको आकार एवम् जटिलतामा बृद्धि हुँदै गइराखेको छ। यसकारण नियन्त्रको विषय कम प्रभावी हुँदै गइराखेको छ। जब नियन्त्रणको अधिकार (Right to Control) वास्तविक नियन्त्रणमा (Actual Control) परिणत हुँदै गइराखेको छ भने केवल परीक्षणको उपयोग गरेर सही अर्थमा अन्तर निकाल्न सम्भव हुँदैन। कुशल र क्षमतावान व्यक्तिलाई नियन्त्रणको सिद्धान्त प्रयोग गरेर कामदार एवम् कर्मचारी नोकर नोकरको हैसियत निर्धारण गर्न वर्तमानमा अनुपयुक्त (Unsuitable) मानिन्छ। नियन्त्रण गर्ने शक्ति अन्तर्गत निम्न विषयहरू पर्दछन्।[61]

क) मालिकलाई आफ्नो नोकर छनौट गर्ने अधिकार एवम् शक्ति (Master's power of selection of his servant),
ख) ज्याला वा अन्य पारिश्रमिक भुक्तान (Payment of wages or other remunerations),
ग) मालिकको कार्य गर्ने तरिकालाई नियन्त्रित गर्ने अधिकार (Master's right to control the method of doing the work) र
घ) निलम्बन वा बर्खास्त एवम् आवश्यक कारवाही गर्ने मालिकको अधिकार (Master's right of suspension or dismissal)

---

60 *Performing Right Society v. Mitchell and Booker* (*Palais de Danse*) [*1924*] 1 KB 762.

61 *Short v. J W Henderson Ltd., (1945) 79 Ll.L.Rep. 271; [1946] 62 TLR 427 Per Lord Thankerton.*

परम्परागत परीक्षणमा सेवाको लागि करार (Contract for Services) र सेवाको करारका (Contract of Service) बीचमा फरक हेर्नुपर्ने हुन्छ। यसमा पहिलोमा मालिकले आवश्यक आदेश दिन सक्छ वा के गर्न आवश्यक छ भनेर भन्न सक्दछ भने दोस्रोमा के गर्नुपर्दछ भने कुनै आदेश जारी गर्न सक्दैन।[62]

२०. राज्यको परदायित्व (State Liability in Vicarious Liability)

राज्यको परदायित्वको सन्दर्भमा कमन ल मा राजाले गल्ती गर्दैन (The King can do no wrong) भन्ने सिद्धान्त प्रचलित छ। त्यसैकारण राजा आफ्ना नोकरहरूले गरेको गल्तीमा उत्तरदायी हुनु पर्दैन भनेर भनिन्छ। यो मान्यतालाई क्राउन प्रोसिडिंग्स एक्ट, १९४७ द्वारा परिवर्तन गरियो। वर्तमानमा राजा आफ्ना नोकरहरूले गरेको गल्तीमा उत्तरदायी हुने मान्यता छ। अमेरिकामा फेडरल टर्ट क्लेम एक्ट, १९४६ द्वारा दावी गर्न पाइने अधिकार प्रदान गरिएको छ। प्राचीन हिन्दू न्यायशास्त्रमा भने फरक अवधारणा देखा पर्दछ। कानूनको पालना राजा, राजाका नातेदार, न्यायाधीश या एक सामान्य नागरिक सबैलाई समान रूपमा लागू गरिन्थ्यो। वर्तमानमा भारतमा राज्य दायित्व भारत सरकार अधिनियम, १९३५ बाट उत्पन्न भएर वर्तमान संविधानको धारा ३०० द्वारा परिभाषित गरिएको छ। भारतीय संविधानमा भएको व्यवस्थाअनुसार भारतका गभर्नरले संघको नामबाट मुद्दा दायर गर्न सक्दछन्। राज्य सरकारले राज्यको नाममा मुद्दा दायर गर्न सक्दछन्। त्यसैगरी भारत संघ वा राज्य सरकारका विरूद्धमा पनि मुद्दा दायर हुन सक्दछ। नेपालमा भने भारतमा जस्तो संवैधानिक एवम् कानूनी व्यवस्था भएको पाइँदैन। मुलुकी देवानी संहिता २०७४ को दफा २६ र २७ को अध्ययन गर्दा नेपाल सरकारका विरूद्धमा मुद्दा दायर गर्न सकिने देखिन्छ। नेपालको संविधानमा सञ्चित कोषमाथि व्ययभार अन्तर्गत सरकारको दायित्वको सन्दर्भमा सरकारका विरूद्धमा भएको फैसलाबाट उत्पन्न दायित्व भुक्तान गर्ने भन्ने व्यवस्था रहेबाट मुद्दा लाग्न सक्छ भन्ने अवधारणा गर्भित रूपमा स्वीकार गरिएको अवस्था छ। राज्य दायित्वको सम्बन्धमा वर्तमानमा रोजगारीको सन्दर्भमा आफ्ना नोकरहरूले गरेका दुष्कृतिजन्य कार्यमा नियुक्तिकर्ता समान मानिन्छ। राज्य आफ्ना कर्मचारीहरूद्वारा गरिएका दुष्कृतिहरूमा उत्तरदायी हुन्छ। राज्यले कुनै उन्मुक्ति प्राप्त गर्दैन। यस विषयमा *राजस्थान राज्यविरूद्ध विद्यावतीको*[63] मुद्दाको उल्लेख गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ।

यस मुद्दामा प्रथम प्रतिवादी लोकुमल, परिवीक्षाधीन मोटर चालकको रूपमा अपीलकर्ता राज्यको एक अस्थायी कर्मचारी थिए। सरकारी जीप कारको चालकको रूपमा कार्यरत रहेको कारको आवश्यक मर्मतको लागि एक कार्यशालामा लगिएको थियो। प्रथम प्रतिवादी कार लिन गएको र आउदै गर्दा सार्वजनिक सडकमा पैदल हिडिरहेका एक पदयात्री जगदीशलाललाई ठक्कर दियो। परिणामः उसको मृत्यु भयो। जगदीशलालको विधवा र एक नावालक छोरीसमेतले लोकुमल र राजस्थान राज्यलाई दुष्कृतिमा क्षतिपूर्तिको मुद्दा दायर गरे। यसमा राज्य सरकारले आफ्ना कर्मचारीले गरेको दुष्कृतिजन्य कार्य जवाफदेही हुन नपर्ने भन्ने जिकिर लिएकोमा अदालतले उत्तरदायी हुनुपर्दछ भन्ने निर्णय गरेको अवस्था छ।

---

62 *Collins v. Herts C.C.*, [1947] 1 All E.R. 633; *Hillyer v. St. Bartholomew's Hospital*, [1909] 2 K.R. 890.

63 *State of Rajasthan v. Vidyawati* 1962 AIR 933, 1962 SCR Supl. (2) 989.

अदालतले यस मुद्दामा भएको निर्णयलाई भारतमा प्रशंसा गरिन्छ। अदालतले अवलोकन गऱ्यो कि आधुनिक राज्य पुलिस राज्य होइन। अब राज्यको काम कानून र सुव्यवस्था कायम गर्न मात्र सीमित छैन। यो कल्याणकारी राज्य हो, राज्यको कार्यहरू धेरै गुणा हुन्छन् र यसको सबै कार्यहरू राज्यले सार्वभौम शक्तिको प्रयोगमा गर्न सकिँदैन भन्न सकिन्छ। यसले उद्योग, व्यापार, सार्वजनिक यातायातलगायतका सबै क्रियाकलापहरूमा संलग्न हुन विस्तार गर्दछ। त्यसैले यो दाबी गर्नु धेरै नै हो कि उनीहरूको रोजगारको क्रममा रहेका आफ्ना कर्मचारीहरूको कष्टप्रद कारबाहीहरूको परिणामबाट राज्य मुक्त हुन्छ। अब जनतामा सरकार र सार्वभौमता निहित छ र सरकारले जनताले यसका निर्णयहरूको लागि जिम्मेवार हुनुपर्दछ जुन संविधानको प्रावधानको विपरीत छ।

२१. कामदारको दायित्व (Employees Liability)

कामदार एवम् कर्मचारी नोकर एवम् नोकर आफ्नो नियुक्तिकर्ताप्रति पूर्ण वफादारीताका साथ काम गर्न बाध्य छ। उसको कर्तव्य हो कि आफ्नो जिम्मामा रहेको वा आफूले सम्पादन गर्नुपर्ने काम समुचित सावधानीका साथ सम्भावित खतराहरूलाई समाधान गरेर कार्य सम्पन्न गर्नु। नियोक्ता आफ्ना कर्मचारीहरूको गल्तीप्रति उत्तरदायी हुन्छ। तर कतिपय अवस्थामा त्यस्ता लापर्बाही एवम् हेलचेत्र्याइँ गर्ने कर्मचारी कामदारबाट पनि क्षतिपूर्ति वा समुचित अंशको माग गर्ने अधिकार नियोक्तामा रहेको हुन्छ।[64] नियोक्ता एवम् रोजगारदाता जवाफदेही हुन्छ भन्ने धारणाबाट उनीहरूलाई कर्तव्यको अधीन बनाउनको लागि कर्मचारीहरूलाई सचेत गराउनुपर्दछ कि उनीहरूको रोजगारको क्रममा देखा पर्ने लापरबाहीको लागि व्यक्तिगत रूपमा जिम्मेवार हुनुपर्नेछ। यो सचेतनाको सूचना भए पनि यसको आधारमा मात्रै नियुक्तिकर्ताले छुट पाउने अवस्था भने हुँदैन।[65]

कामदार कर्मचारीहरूले पनि कार्य सम्पादन गर्ने क्रममा नियोक्ताद्वारा प्रदान गरिएका सुरक्षा सामग्रीहरूको प्रयोग गर्ने तथा सुरक्षा सावधानीका नियमहरू पालन गर्ने गर्नुपर्दछ। कुनै दुर्घटनाको लागि स्वयम् जिम्मेवार छन् भने त्यस अवस्थामा कामदार आफै खतरामा पर्ने सम्भावना हुन्छ। सुरक्षामा कुनै त्रुटि रहेको छ भने त्यसको जानकारी नियुक्तिकर्तालाई दिनुपर्ने हुन्छ। कुनै जानकारी नदिएको अवस्था छ भने त्यस अवस्थामा कानूनी उपचार प्राप्त नहुने सम्भावना हुन्छ।

कर्मचारीहरूबाट हर्जाना असुली गर्ने सिद्धान्त समान रूपबाट नियुक्तिकर्ता एवम् कर्मचारीका दावीहरूमा लागू हुन्छ। यदि एक तालिम कर्मचारीको (Appropriately Trained Employee) गल्तीको कारणबाट काम गर्दाको अवस्थामा घाइते हुन पुग्दछ भने नियुक्तिकर्तासँग क्षतिपूर्तिको दावी गर्न सक्दछ। तर अमुक

64 *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Company Limited* [1956] UKHL 6 [1957] AC 555.

65 *Melvin Fulton v. Vion Group Limited* [2014] NIQB 100 High Court Of Justice In Northern Ireland Queen's Bench Division यसमा वादी प्रतिवादीको मासु कारखानामा काम गर्ने गर्दथ्यो। त्यहाँ उसलाई चक्कुले काट्यो। यो विषयमा दावी गरेकोमा नियोक्ताले प्रदान गरेको सुरक्षा सामग्रीमा प्वाल परेको थियो। सो कुराको जानकारी उसले नियोक्तालाई गराएको थिएन। नियोक्ता आफ्ना कर्मचारी कामदारको सुरक्षामा पूर्ण जिम्मेवार भए पनि कामदारले सुरक्षात्मक वस्तुमा भएको खरावी बारे जानकारी नगराएको हुँदा उसको दावी सफल भएन। दावी खारेज भयो।

घटनामा कामदार कर्मचारी पूर्ण रूपमा जिम्मेवार रहेको अवस्थामा भने दावी आधारयुक्त हुन्छ। दावी स्वीकार हुनुको मतलव हो दावीकर्तामा आफ्नो नियुक्तिकर्ताद्वारा अपर्याप्त प्रशिक्षण वा अपर्याप्त जोखिम मूल्याङकन वा काम गर्ने विधिद्वारा आफूमा परेको क्षति आधार बनाउन सक्दछ।[66]

रोजगारदाता उत्तरदायी हुनुपर्ने विषयमा कामदार पनि उत्तरदायी हुने भन्दा दुष्कृतिमा झगडाको विषय उत्पन्न भएको छ।"उत्तरदाता श्रेष्ठ" (Respondent Superior) सिद्धान्तको आधारमा कामदार कर्मचारी नोकर एवम् नोकर सुरक्षित हुनको लागि उनीहरूले गरेका कार्यहरू प्रत्यायोजनको सन्दर्भमा असल नियतले गरेको हुनुपर्दछ।अन्य अवस्थामा रोजगारदाता उत्तरदायी नहुन सक्छ। यसरी नियन्त्रण नगरिने हो भने कामदारहरू अनुशासनहीन हुने सम्भावना रहन्छ।

यी नियमहरूको उद्देश्य कर्तव्यवालाहरूलाई उत्तरदायी बनाउने हो। नियोक्ताहरूलाई आफ्नो व्यवसाय गर्दा उनीहरूको लागतको लागि जिम्मवार ठहराउन सकिन्छ। जसमा कर्मचारीको लापर्बाही वा गलत आचरण (Carelessness or Misconduct) लगायत विषय समावेश हुनुपर्दछ। उदाहरणका लागि एक रेष्टुरेन्टले ३० मिनेटभित्रमा मगाएको खाद्य सामग्री पुऱ्याउने भनेर ग्राहकलाई वचन दिएको छ। यसमा आफ्नो कर्मचारीलाई सो मगाइएको सामग्री पुऱ्याउन भनेर खटायो। जाने क्रममा बाटोमा सो कर्मचारीले चलाएको सवारी साधनले कुनै पैदल यात्रीलाई हिर्कायो भने सो खटाउने रेष्टुरेन्ट पूर्ण रूपमा उत्तरदायी हुन्छ।

त्यसैगरी एक औद्यौगिक सेवा कम्पनीले अफ्नो बिक्री स्टाफलाई कम्पनीको कारलाई कार्यालयको काममा प्रयोग गर्न दिएको छ। कर्मचारीले काम गरेर आफ्नो साथीलाई भेटन भनेर कार लिएर गयो। यसरी जाँदा बाटोमा एक पैदल यात्रीलाई ठक्कर दियो। सो क्रममा कारको सिसा पनि फुट्यो। यस घटनामा कम्पनीलाई जिम्मेवार ठहराउन सकिँदैन र कम्पनीले सिसा नोकसानी गरेकोमा क्षतिपूर्तिको लागि सो कर्मचारीका उपरमा दावी गर्न सक्छ।

यसैगरी कार्यालयमा बिरामी हुन गएको एक कर्मचारीलाई घर जाने अनुमति दिइयो। एक्लै घर जाँदा सो कामदार बाटोमा चक्कर आएर लडन पुग्यो र चोट आयो भने कम्पनी उत्तरदायी हुन्छ। उसले कामदारको स्वास्थ्यको ख्याल नगरेको सुरक्षा नगरेको भन्ने आधारमा उत्तरदायी हुन्छ। यसै घटनामा सो बिरामी कामदारलाई छुट्टि नदिएर काममा लगाएको अवस्थामा मृत्यु नै हुन पुग्यो भने पनि कम्पनी जवाफदेही हुनुपर्दछ।

कामदारको दायित्व सम्बन्धमा विभिन्न सिद्धान्तहरू रहेका छन्।जस्तैः

क) कामदारहरू रोजगारदातालाई हानि पुऱ्याउने काम गर्न सक्दैनन्।

ख) कसैले पनि कर्मचारीलाई गलत तरिकाले उनीहरूको स्थिति वा अरु वा अरु कसैलाई फाइदा पुऱ्याउन वा निगम/कम्पनी वा व्यावसायिक प्रतिष्ठानलाई हानि पुऱ्याउन प्रयोग गर्न पाइँदैन।

---

[66] *Fulton v. Vion Group Limited* [2015] NICA 10.

ग) रोजगारको क्रममा प्राप्त गरेका सूचनाहरूको गलत प्रयोग गरेर हानि नोक्सान पुऱ्याउन कामदारले पाउदैनन्। साथै त्यस्ता सूचनाहरू व्यक्तिगत फाइदाको लागि पनि प्रयोग गर्न सकिदैन। सो नियन्त्रण व्यक्तिले कम्पनी छोडेपछि लागू हुन्छ।

कामदार कर्मचारी नोकर नोकरले गरेका कामहरूको बारेमा जसरी नियुक्तिकर्ताहरू उत्तरदायी हुन्छन्। त्यसैगरी उनीहरूले रोजगारदाताका विरूद्धमा गरेको हानि नोकसानीमा पनि उत्तिकै उत्तरदायी हुनुपर्ने हुन्छ। पहिलोमा उत्तरदायी हुनको लागि प्रत्यायोजनको सन्दर्भ हुन आवश्यक छ भने दोश्रोमा हेलचेत्र्याइँ, लापर्बाही वा नितान्त व्यक्तिगत कार्य हुन आवश्यक छ।

२२. नेपाली कानूनमा दायित्वको अवस्था

कानूनी हक, दायित्व, हैसियत, पद, पारिवारिक सम्बन्ध वा सम्पत्तिसम्बन्धी जस्ता विषयवस्तुहरू देवानी विषयवस्तुहरूको रूपमा नेपाली कानूनअनुसार लिइएको छ।[67] दुष्कृति, अर्धदुष्कृति वा त्रुटिपूर्ण उत्पादनसम्बन्धी हक वा दाबी, सुविधाभार, क्षतिपूर्ति जस्ता विषयवस्तुहरू दुष्कृतिका अन्तरवस्तुहरू हुन्। मुलुकी ऐन देवानी संहिता एवम् कार्यविधि संहिता, २०७४, मुलुकी अपराध संहिता एवम् फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ र फौजदारी कसुर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ मा भएका सिद्धान्तहरू दुष्कृतिको अवस्थामा पनि लागू एवम् आकर्षित हुन्छन्। दुष्कृतिमा अपराध तथा करार पनि एक अर्कामा परस्पर विरोधाभास (Overlapping) हुने गरेको हुनाले सिद्धान्तहरू पनि अवस्थाअनुसार अनुसरण एवम् अवलोकन गर्नुपर्ने हुन्छ। यसर्थ सिद्धान्त देवानी वा फौजदारीको सिद्धान्त हो भन्नु भन्दा पनि न्याय सम्पादनमा सरलीकृत कसरी हुन्छ र पीडितले कसरी न्याय पाउँछन् भनेर हेरिन्छ।

दुष्कृतिका सम्बन्धमा रहेका विषयसूची (Subject Matter) एवम् सिद्धान्तका सम्बन्धमा निम्न अवस्था देखिन्छ। सिद्धान्तहरूमा रहेको फौजदारी विषयवस्तुका सम्बन्धमा व्यक्त गरिने कसुर शब्दले दुष्कृतिका सम्बन्धमा कार्य वा अकार्यलाई (Act & Omission) समेत सम्बोधन गर्दछ।
नेपाली दुष्कृतिमा गरिएको सैद्धान्तिक व्यवस्थामा मुलुकी देवानी संहिताको दफा ६७२ ले मात्र पूर्णता प्राप्त गरेको छैन। यसको लागि दफा ६८३ पनि साथै अध्ययन गर्नुपर्ने हुन्छ। दुष्कृतिमा दायित्व अधिरोपण गर्ने क्रममा यी दुवै दफाहरू एकसाथ राखेर मात्र दायित्वको निर्णय गर्नुपर्दछ। यस्तो खालको व्यवस्थाले नेपाली दुष्कृति कानूनलाई जटिल (Complex) बनाएको छ। दफा ६८३ को व्यवस्था यस प्रकार छ।

दफा ६८३. ***छुट्टै व्यवस्था भएकोमा दायित्व व्यहोर्नु नपर्नेः*** *(१) यस परिच्छेदमा अन्यत्र जुनसुकै कुरा लेखिएको भए तापनि यस परिच्छेदबमोजिम दायित्व व्यहोर्नु पर्ने दुष्कृतिलाई कानूनबमोजिम फौजदारी कसुर मानिएको वा त्यस्तो दुष्कृतिका सम्बन्धमा यस ऐन वा अन्य कानूनमा छुट्टै व्यवस्था वा छुट्टै कानूनी उपचारको व्यवस्था भएकोमा यस परिच्छेदबमोजिमको दायित्व व्यहोर्नु पर्ने छैन।*

---

[67] मुलुकी देवानी कार्यविधि संहिता, २०७४, दफा २ (घ); मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४, दफा २ (ठ)।

(२) उपदफा (१) को अधीनमा रही यस परिच्छेदबमोजिम दायित्व व्यहोर्नु पर्ने दुष्कृति त्यस्तो दुष्कृति गरेको भनिएको व्यक्तिको हेलचेक्र्याइँ, लापर्बाही, त्रुटि वा अकर्मण्यताको परिणामबाट नभई अन्य कुनै कारणबाट भएको हो भन्ने प्रमाणित गरेमा त्यस्तो दुष्कृतिबापत व्यहोर्नु पर्ने दायित्वबाट निजले फुर्सद पाउनेछ।

मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ६८३ मा अपराधबाट पृथक गर्दै क्षतिको प्रतिरक्षा अपवादको साथमा दूरदर्शिताको सिद्धान्तलाई समेत एकै ठाउँमा राखिएको छ। यसबाट दुष्कृतिको अवधारणामा नै स्पष्ट हुन कठिनाई उत्पन्न भएको देखिन्छ।

२३. दुष्कृति सम्बन्धमा नेपालको देखिएका समस्या

क) अवधारणागत विकास नहुनु

नेपालमा दुष्कृतिको अवधारणागत विकासको क्रमलाई हेर्दा नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ मा दुष्कृतिको अवधारणा[68] समावेश कुनै न कुनै हदसम्म थियो। दुष्कृतिजन्य दायित्वको विषय उठेको र तत्पश्चात केही मुद्दामा उत्पादकीय दायित्वको विषय आकर्षित हुने तथा उपभोक्ता दुष्कृतिका विषयहरूमा पछिल्ला दशकहरूमा केही विवादहरू अदालतमा दायर भए पनि यथोचित रूपमा व्याख्या विश्लेषण हुन सकेको छैन।

ख) उपचारात्मक विधायिकी कानूनको खोजी

दुष्कृति कानून ल्याटिन सुत्र जहाँ अधिकार हुन्छ त्यहाँ उपचार हुन्छ (*ubi ius, ibi remedium*-Where there is a right, there is a remedy) भन्नेमा आधारित छ। यदि कानूनी अधिकारको उल्लंघन भयो भने त्यहाँ सोको पुनःस्थापनाका लागि दुष्कृतिको विधिशास्त्र अन्तर्गत विवाद दायर भएको हुन्छ। इमानदारीताका साथ स्वीकार गर्नुपर्ने अवस्था भनेको नेपालमा अन्य देशको तुलनामा दुष्कृतिसम्बन्धी विवादहरू अपेक्षित रुपमा कम हरेका छन्।

२४. निष्कर्ष

वर्तमान समयमा दुष्कृतिको क्षेत्र व्यापक हुँदै गइराखेको हुनाले अव दुष्कृतिलाई नकार्न सक्ने अवस्था नै छैन। विधायिकी दुष्कृतिको व्यवस्था (Statutory Tort) त विधायिकाले कुनै पनि ऐन जारी गर्ना साथ उत्पन्न हुन्छ। जस्तैः गोपनीयतासम्बन्धी ऐनको गोपनीयता दुष्कृति (Privacy Tort), वातावरणसम्बन्धी ऐनको वातावरणीय दुष्कृति (Environmental Tort), मानव अधिकार ऐनको मानव अधिकार दुष्कृति (Human Right Tort), उपभोक्तासम्बन्धी ऐनको उपभोक्ता दुष्कृति (Consumer Tort) आदि। कानून एवम् न्याय प्रणालीको विकासमा दुष्कृति कानून उच्चतम् विकास हो। यसले नागरिकको जीवन, व्यक्ति, सम्पत्ति, अधिकार तथा कर्तव्यको साथमा हितहरूको सुरक्षा प्रदान गर्दछ।

[68] नागरिक अधिकार ऐन २०१२ दफा १८ मा सरकारी कर्मचारीले गरेको अनधिकृत (टरसस) कामको निम्ति नेपाल सरकारले क्षतिपूर्ति दिने छैन भनेर सरकारी बचाव गर्दै दुष्कृतिको अवधारणा स्वीकार गरेको अवस्था छ। टरससको अङग्रेजी Tortious हुन्छ। नेपाली रूपान्तर नगरिकन ऐनमा राखिएको अवस्था छ।

व्यक्तिहरूले आफ्नो कानूनी अधिकारको दावी गर्नमा रहेका केही अवरोधहरूलाई हटाएर उनीहरूमा अधिकार खोजीको सन्दर्भमा अभिप्रेरित गर्नु आवश्यक छ। दुष्कृतिमा दावी गरिँदा निश्चित रूपमा अदालतहरूमा मुद्दाहरूको संख्या बढने नै हुन्छ। तर मुद्दा बढ्छ भनेर पीडितको उपचार प्राप्तिसम्बन्धी हक अधिकारलाई परिसीमित गर्न सकिँदैन। एक त दुष्कृतिमा दावी नै हुँदैन र भएका दावीमा पनि दायित्व निर्धारणमा नेपाली न्यायिक जगतमा पर्याप्त अभ्यासको कमीले गर्दा एक समस्याको रूपमा रहेको छ। न्यायपालिकाले आफ्ना न्यायिक जनशक्तिहरूलाई उनीहरूको सक्षमता अभिवृद्धि गर्नमा लाग्नु पर्ने हुन आएको छ। दायित्वका धेरै सिद्धान्तहरू रहेका भए पनि न्यायिक जनशक्तिले विना दोष दायित्व हुन्छ र अवस्था अनुसार यो पूर्ण एवम् कठोर रहेको हुन्छ भन्ने मान्यता राख्ने हो भने धेरै हदसम्म दायित्व निर्धारणसम्बन्धी समस्या समाधान हुन्छ। प्रत्येक मुद्दा वा तथ्यमा कानूनअनुसार उन्मुक्ति एवम् प्रतिरक्षा पाउने अवस्था बाहेक सबैमा अर्कोलाई हानि वा नोकसानीको लागि उत्तरदायी हुनुपर्दछ। यो नै आधुनिक दायित्वसम्बन्धी मान्यता हो।