१६५
०७५।११।१५

सर्वोच्च अदालत, संयुक्त इजलास
माननीय न्यायाधीश श्री हरिकृष्ण कार्की
माननीय न्यायाधीश श्री टंकबहादुर मोक्तान
आदेश
०६७-WO-०४१९

मुद्दाः- उत्प्रेषण परमादेश लगायत उपयुक्त आदेश जारी गरी पाउँ।

कोरियामा दर्ता भई 832-2 Yuksan-dong Kangnam-ku, Seoul,Korea मा रजिस्टर्ड कार्यालय रहेको HANIL ENGEENEERING & CONSTRUCTION Co.LTD को तर्फबाट अख्तियार प्राप्त प्रतिनिधि एण्ड एशोसियट्स, ३७-९ गौरवमार्ग, माइतिघर, पो.ब.नं. ११९८५, काठमाडौंका तर्फबाट अधिवक्ता देवेन्द्र प्रधान -----------------------१ निवेदक

विरुद्ध

श्री पुनरावेदन अदालत पाटन ---१
कम्पनी ऐन अन्तर्गत संस्थापित कोनेको प्रा.लि. (KONECO Pvt.Ltd) पो.ब.नं. १०१०, मिनभवन, काठमाडौं ---१ विपक्षी

तत्कालिन नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा १०७(२)बमोजिम यस अदालतको क्षेत्राधिकार अन्तर्गतको भई दायर हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनको संक्षिप्त तथ्य एवं आदेश यसप्रकार रहेको छः-

१. निवेदक कोरियाको कानूनअन्तर्गत स्वदेश वा विदेशमा निर्माण व्यवसाय गर्न स्थापना भई कोरियाको सिओल शहरमा प्रधान कार्यालय भएको कम्पनी हो। विपक्षी कोनेको प्रा.लि. नेपालको कम्पनी कानून अन्तर्गत निर्माण व्यवसायमा संलग्न हुने उद्देश्य राखी कोरिया तथा नेपाली नागरिकको संयुक्त लगानीमा स्थापित कम्पनी हो। निवेदकले मेलम्ची खानेपानी विकास समितिद्वारा प्रस्तावित Melamchi Adit Access Roads सम्बन्धी निर्माण कार्य २०६१/०४/०१ गतेसम्ममा आफुले सम्पन्न गर्ने गरी रु.४५,६१,८२,१५३।- सम्झौता गरेकोमा सो कार्य गर्न विपक्षी कोनेको प्रा.लि.कम्पनीसित निवेदक कम्पनीले रु.४३,३३,७३,०४५।- मा मिति २०५९/०६/२४ मा सहसम्झौता गरेको थियो। सो अनुसार सम्पूर्ण निर्माण कार्य निर्धारित समयावधिभित्रै सम्पन्न गर्नुपर्ने शर्त बन्देज रहेको थियो। सो शर्त अनुरुप विपक्षी कोनेको प्रा.लि.ले थालनी नगरेको हुँदा पटक-पटक ताकेता समेत गरिएकोमा कामको थालनी भएन। जसका कारण मेलम्ची खानेपानी विकास समितिले निवेदकले ग्यारेन्टी स्वरुप राखेको पर्फमेन्स बोन्ड एवं अग्रिम भुक्तानीबापतको जम्मा अमेरिकी डलर १,७४३,२९६।- नेपाली रु.१३,३६,२३,६३८।४० बराबरको बैंक ग्यारेण्टी जफत गर्‍यो। यसका अतिरिक्त निवेदकले पर्फमेन्स बोण्ड जारी गर्नका लागि बैंकलाई भुक्तानी गरेको शुल्क अमेरिकी डलर २,६१३।- अर्थात रु.२,००२८६।४५ तथा विपक्षी समितिबाट प्राप्त गरेको ५ प्रतिसतको भुक्तानी रकम अमेरिकी डलर १२,६६१।- अर्थात नेपाली रु.९,७१,०७८।८५ गरी जम्मा जम्मी अमेरिकी डलर १,७५८,५७८ तदनुसार नेपाली रु.१३,४७,९५,००३।७० पैसा तथा कोरियन वोन २,०८२,८०७,०२५।- हानी नोक्सानी सहनु पर्‍यो।

२. विपक्षीसँगको सम्झौताको धारा ७ मा कोनेको प्रा.लि.सँग निवेदकको कुनै विवाद सिर्जना भएमा समझदारीमा उक्त विवादको समाधान मध्यस्थताद्वारा गर्ने एवं धारा १० मा उक्त सम्झौताका सम्बन्धमा कोरियाली कानून लागु हुने प्रावधान भए अनुरुप निवेदकले कोरिया स्थित Korean Commercial Arbitration Board समक्ष कोरियाको कानून अनुरुप मध्यस्थताबाट विवाद समाधान गरी पाऊँ भनी निवेदन दिएको थियो। Korean Commercial Arbitration Board ले सन् २००९ जुलाई २० (तदनुरुप २०६६/०४/०५) मा निवेदकले विपक्षी कोनेका प्रा.लि. बाट क्षतिपूर्तिबापत जम्मा कोरियन वोन २,०४७,०००,०००। अमेरिकी डलर १,७५८,५७८।- को साथै सन् २००७ अक्टोबर ३(२०६४/०६/१६) देखि सबै रकमको वार्षिक ६ प्रतिसतले हुन

आउने ब्याज रकम सहित भराई पाउने निर्णय गरेको थियो। सो निर्णय कार्यान्वयन गरी पाऊँ भनी निवेदकको पुनरावेदन अदालत पाटनमा निवेदन दिएकोमा पुनरावेदन अदालतले सो निवेदन तामेलीमा राख्ने गरी मिति २०६६/१२/१७ मा फैसला गरेको पाइयो। उक्त फैसलाले निवेदकको मौलिक हकाधिकारको हनन् गरेको हुँदा सो फैसला उत्प्रेषणको आदेशबाट बदर गरी उक्त मध्यस्थताको निर्णय कार्यान्वयन गर्नू गराउनू भनी परमादेशको आदेश जारी गरी पाऊँ भन्ने समेत बेहोराको यस अदालतमा परेको रिट निवेदनको बेहोरा।

३. यसमा के कसो भएको हो? निवेदनको माग बमोजिमको आदेश किन जारी हुनु नपर्ने हो यो आदेश प्राप्त भएको मितिले बाटाका म्याद बाहेक १५ दिनभित्र सम्बन्धित मिसिल साथ राखी महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय मार्फत लिखित जवाफ पठाउनु भनी रिट निवेदनको एकप्रति नक्कल साथै राखी विपक्षी नं. १ लाई सूचना पठाई त्यसको बोधार्थ महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयलाई पठाइदिनू। निवेदकको माग बमोजिमको आदेश किन जारी हुनु नपर्ने हो? यो आदेश प्राप्त भएको मितिले बाटाका म्यादबाहेक १५ दिनभित्र लिखित जवाफ दिई आफैं वा आफ्नो प्रतिनिधिद्वारा उपस्थित हुनू भनी रिट निवेदनको एक प्रति नक्कल साथै राखी विपक्षी नं.२ लाई सम्बन्धित जिल्ला अदालतमार्फत सूचना पठाई लिखित जवाफ आएपछि वा अवधि नाघेपछि नियम बमोजिम पेश गर्नू भन्ने समेत बेहोराको यस अदालतको मिति २०६७/०७/२३ को आदेश।

४. निवेदक विदेशी कम्पनी भएको र विदेशी कम्पनीको मौलिक हक नेपालको अन्तरिम संविधानले सुरक्षित नगरेको हुँदा विदेशी कम्पनीको करारीय विषयलाई लिएर विदेशी कम्पनीलाई सर्वोच्च अदालतको अधिकारक्षेत्र ग्रहण गरी रिट निवेदन गर्ने हकदैया नै छैन। निवेदकले कोनेको कम्पनी कोरियाली नागरिकको कम्पनी भनेपनि यो नेपाली र कोरियाली संयुक्त लगानीमा स्थापित कम्पनी हो। Sub contract को Section 6 मा Sub- Contractor को दायित्वको बारेमा उल्लेख छ। जसमा Guarantee रकमको बारेमा उल्लेख छैन। करारको दायित्व नै नतोकेको विषय विवादको विषय हुन नसक्नेमा काल्पनिक विवाद खडा गरी गलत तथ्य उल्लेख गरी भएको ट्राइबुनलको निर्णय करारको क्षेत्र बाहिर गई भएको मध्यस्थताको निर्णय मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ३४ (२)(ग) को विपरीत भई कार्यान्वयन हुन नसक्ने प्रष्ट छ। त्यस्तै Performance Bond को विषय पनि करारभित्र नपर्ने प्रष्ट छ। त्यस्तै विवादको

समाधान मध्यस्थताद्वारा गरिने भनी व्यवस्था गरेको छैन र सो सम्बन्धी अन्य सम्झौता भएको रिट निवेदकले दाबी गर्न सकेको छैन। त्यस्तै निवेदकले मध्यस्थताबाट निर्णय गराउँदा यस कम्पनीका नाममा म्याद तामेल पनि गराएको छैन। तसर्थ सुनुवाइको अधिकार समेतबाट वञ्चित गरी भएको मध्यस्थको निर्णय बदरभागी छ। त्यसैले उक्त मध्यस्थताको निर्णय कार्यान्वयन हुन नसक्ने गरी पुनरावेदन अदालतबाट मिति २०६६/१२/१७ को फैसला मध्यस्थता ऐन, २०५५ को दफा ३४ सम्मत भएकोले रिट निवेदन खारेज गरी पाऊँ भन्ने समेत बेहोराको कोनेको कम्पनीको यस अदालतमा परेको लिखित जवाफ।

५. निवेदक HANIL ENGINEERING & CONSTRUCTION Co. LTD को तर्फबाट अख्तियार प्राप्त प्रतिनिधि प्रधान एण्ड एशोसिएट्सका तर्फबाट वरिष्ठ अधिवक्ता देवेन्द्र प्रधानले यस अदालतमा पेश गरेको बहसनोट मिसिल संलग्न रहेको पाइयो।

६. नियमबमोजिम साप्ताहिक तथा दैनिक मुद्दा पेशी सूचीमा चढी इजलाससमक्ष पेश हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनमा निवेदकका तर्फबाट विद्वान वरिष्ठ अधिवक्ता श्री सुरेन्द्र कुमार महतो र निवेदक कम्पनीको तर्फबाट अख्तियारप्राप्त प्रतिनिधि प्रधान एण्ड एशोसिएट्सको तर्फबाट निवेदनकर्ता विद्वान वरिष्ठ अधिवक्ता श्री देवेन्द्र प्रधानले प्रस्तुत विवाद कोरियाली कानून बमोजिम स्थापित निवेदक कम्पनी र नेपाल कानून अनुरुप स्थापित विपक्षी कम्पनीको बीचमा सिर्जना भएको हो। यस्तो बहुराष्ट्रिय पक्षहरु समावेश भएको मध्यस्थ सम्बन्धी कारबाहीमा सारवान तथा कार्यविधि दुवै कुन मुलुकको कानून लागु गर्ने भन्ने विषयमा पक्षहरु स्वतन्त्र हुने भई पक्षहरुले मूल सम्झौता गर्दा वा विवाद उत्पन्न भइसकेपछि उक्त विवाद कसरी समाधान गर्ने भनी सम्झौता गर्दा आपसी सहमतिबाट मध्यस्थता सम्बन्धी विवादमा कुन देशको कानून लागु गर्ने भनी निर्धारण गरिने अन्तरराष्ट्रिय प्रचलन रहेको छ। यसमा दुवै कम्पनीका बीचमा अक्टोबर १०, २००२ मा भएको सम्झौताको दफा १० मा "The contract shall be governed by the laws of the Republic of Korea" भन्ने उल्लेख भएकोले कोरियाली कानून नै सम्झौताका पक्षहरुलाई लागु हुने कानूनका रुपमा अंगिकार गरिएकोमा विवाद छैन। त्यसैले कोरियाली कानून अन्तर्गत मध्यस्थता ट्राइबुनल गठन भई कोरियाली कानून प्रयोग गरी गरेको निर्णयलाई पुनरावेदन अदालत पाटनले वेवास्ता गरी मध्यस्थता सम्बन्धी कारबाही नेपालको मध्यस्थता ऐन, २०५५ को दफा ३४ अनुरुप नभएको ठहर गरी सो निर्णय नेपालमा कार्यान्वयन हुन नसक्ने भनी

गरेको फैसला त्रुटिपूर्ण र अधिकारक्षेत्रको समेत दुरुपयोग गरी भएको छ। विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णय नेपालमा कार्यान्वयन गराउन चाहने पक्षले मध्यस्थता ऐन, २०५५ को दफा ३४ (१) को दायित्व पूरा गर्नुपर्नेमा निवेदकले सो दायित्त्व पूरा गरेको नै देखिन्छ। विदेशमा भएको मध्यस्थताको निर्णयलाई मान्यता दिने सम्बन्धमा संयुक्त राष्ट्र संघीय महासन्धि, १९५८ तथा न्यूयोर्क कन्भेन्सनको नेपाल र कोरिया पक्ष राष्ट्र भएकोले ऐनको दफा ३४(२) अनुसार विदेशमा भएको मध्यस्थताको निर्णयलाई नेपालले मान्यता दिई कार्यान्वयन गराउनु पर्ने हुन्छ। नेपालको मध्यस्थता ऐन अनुसार विदेशमा भएको मध्यस्थता नेपालले कार्यान्वयन गर्न पूरा हुनुपर्ने सबै शर्त यसमा पूरा भएको नै छ। त्यसैले पुनरावेदन अदालत पाटनलाई उक्त मध्यस्थताको निर्णय कार्यान्वयन गर्न इन्कार गर्न पाउने अधिकार नै नभएकोले सो निर्णय उत्प्रेषणको आदेशले बदर गरी निर्णय कार्यान्वयनका लागि परमादेश समेत जारी गरी पाऊँ भनी बहस प्रस्तुत गर्नुभयो।

७. विपक्षी कोनेको प्रा.लि.का तर्फबाट विद्वान् अधिवक्ता श्री बिमलप्रसाद ढकालले मध्यस्थताको निर्णय कार्यान्वयन गर्न सो कार्यान्वयन गर्ने देश र मध्यस्थताको निर्णय दिने देशबीचमा परस्पर मध्यस्थताको निर्णय कार्यान्वयन गर्ने सम्बन्धमा सम्झौता भएको हुनु पर्नेमा नेपाल र कोरियाका बीचमा त्यस्तो पारस्परिक सन्धि सम्झौता भएको देखिन आउँदैन। निवेदक र विपक्षीका बीचमा भएको सम्झौताको Article 7 मा Settlement of Disputes and Arbitration बारेमा उल्लेख छ। यसअनुसार यस सम्झौताका बारेमा पक्षहरुका बीचमा कुनै विवाद उठेमा आपसी समझदारीमा विवाद समाधान गर्ने र यसरी समाधान हुन नसकेमा मध्यस्थताद्वारा गर्ने वा कसरी गर्ने भन्ने सम्बन्धमा केही उल्लेख छैन। यसमा विवाद आएपछि आपसी समझदारीमा विवाद समाधान गर्न पनि कुनै प्रयास भएको देखिँदैन। विवाद सिर्जना भएपछि पनि दुवै पक्षहरु बीचमा विवाद समाधान कुन माध्यमबाट कसरी गर्ने भन्ने सम्बन्धमा कुनै समझदारी भएको छैन। निवेदक कम्पनीले कोन्नेको कम्पनीलाई मध्यस्थतामा जाने बारेमा कुनै सूचना जानकारी दिएको पनि देखिन आउँदैन। साथै मध्यस्थ नियुक्तिका सम्बन्धमा सम्झौतामा कुनै कुरा उल्लेख नभएको अवस्थामा प्रत्येक पक्षले १/१ जना मध्यस्थ नियुक्त गर्नु पर्नेमा सो हुन नसके अदालतले मध्यस्थ नियुक्ति गर्नु पर्नेमा यसो गरिएको पनि देखिँदैन। मध्यस्थबाट निर्णय हुँदा यी विपक्षीले सूचना पाई आफ्ना कुरा राख्ने सुनुवाइको मौका समेत पाएको पुष्टि हुन सकेको छैन। यसरी एकलौटी

मध्यस्थ नियुक्ति गरी गराएको निर्णय आफैमा बदर हुने हुँदा सोको निर्णय कार्यान्वयन हुन सक्दैन। तसर्थ रिट निवेदन खारेज गरी पाऊँ भनी बहस गर्नु भयो। यस्तै विपक्षी हालको उच्च अदालत पाटनका तर्फबाटविद्वान् अधिवक्ता श्री ज्ञानप्रसाद भूसालले मध्यस्थता भएर मात्र हुँदैन। सो निर्णय कानून बमोजिमको प्रक्रिया अपनाई भएको पनि हुनु पर्दछ। यसमा मध्यस्थता कानून बमोजिमको प्रक्रिया अपनाई भएको नदेखिई एक पक्षीय आधारमा सम्पन्न भएको देखिएंकोले कोरियामा भएको मध्यस्थताको निर्णय कार्यान्वयन नहुने गरी पुनरावेदन अदालतले फैसला गरेको हो।सो उपर पुनरावेदन गर्ने वैकल्पिक उपायको बाटो भई पुनरावेदन समेत गरेको अवस्थामा रिट क्षेत्र आकर्षित नै हुने होइन। त्यसैले रिट खारेज हुनु पर्दछ भनी बहस गर्नुभयो।

८. यसरी दुवै पक्षको बहससमेत सुनी मिसिल अध्ययन गरी हेर्दा, यसमा निवेदन माग बमोजिमको आदेश जारी गर्न मिल्छ वा मिल्दैन? भन्ने सम्बन्धमा निर्णयमा पुग्नुपर्ने हुन आयो।

९. यसमा कोरियामा दर्ता भएको HANIL ENGINEERING & CONSTRUCTION Co. LTD ले सन् २००२ अक्टोबर १ (तदनुसार २०५९/६/१५) मा मेलम्ची खानेपानी विकास समितिद्वारा प्रस्तावित Melamchi Adit Access Roadsसम्बन्धी निर्माण कार्य २०६१/४/१ गतेसम्ममा रु.४५,६१,८२,१५३।- मा सम्पन्न गर्ने गरी सम्झौता गरी ठेक्का लिएकोमा सो कम्पनीले मिति २०५९/६/२४ मा नेपालमा दर्ता भएको कोनेको प्रा.लि. सँग सम्झौता गरी सो कार्य निर्धारित समयमा पूरा गर्ने भनी रु.४३,३३,७३,०४५।- मा सहसम्झौता गरी उक्त कम्पनीलाई दिएको पाइयो। सो सहसम्झौताबाट काम पाउने कोनेको प्रा.लि. ले सम्झौताको शर्त अनुरुप पटकपटक ताकेता गर्दा समेत कामको थालनी नभएकोले मेलम्ची खानेपानी विकास समितिले आफ्नो ग्यारेन्टी स्वरुप राखेको परफरमेन्स बण्ड एवं अग्रिम भुक्तानी बापतको जम्मा अमेरिकी डलर १,७४३,२९६।-तथा नेपाली रु.१३,३६,२३,६३८।४० बराबरको बैंक ग्यारेण्टी ज़फत गऱ्यो। यसका अतिरिक्त आफूले पुर्फमेन्स बण्ड जारी गर्नका लागि बैंकलाई भुक्तानी गरेको शुल्क अमेरिकी डलर २,६१३।- अर्थात नेपाली रु.२,००२८६।४५ तथा विपक्षी समितिबाट प्राप्त गरेको ५ प्रतिशतको भुक्तानी रकम अमेरिकी डलर १२,६६१।अर्थात नेपालीरु.९,७१,०७८।८५ गरी जम्मा अमेरिकी डलर १,७५८,५७८ तदनुसार नेपाली रु.१३,४७,९५,००३।७० पैसा तथा कोरियन वोन २,०८२,८०७,०२५।- हानी नोक्सानी सहनु पऱ्यो भनी निज

निवेदकले कोरिया स्थित Korean Commercial Arbitration Board समक्ष कोरियाको कानून अनुरूप मध्यस्थताबाट विवाद समाधान गरी पाऊँ भनी निवेदन दिएको देखिन आयो। Korean Commercial Arbitration Board ले सन् २००९ जुलाई २० (तदनुरुप २०६६/४/५) मा निवेदकले विपक्षी कोनेका प्रा.लि. बाट क्षतिपूर्तिबापत जम्मा कोरियन वोन २,०४७,०००,०००। अमेरिकी डलर १,७५८,५७८।- को साथै सन् २००७ अक्टोबर ३ (२०६४/६/१६) देखि सो रकमको वार्षिक ६ प्रतिसतले हुन आउने ब्याज रकम सहित भराई पाउने गरी निर्णय गरेको देखिन आयो। सो निर्णय कार्यान्वयन गरी पाऊँ भनी निवेदकको पुनरावेदन अदालत पाटनमा निवेदन दिएकोमा पुनरावेदन अदालतले सो निर्णय कार्यान्वयन नहुने भनी निवेदन तामेलीमा राख्ने गरी मिति २०६६/१२/१७ मा फैसला गरेको पाइयो। उक्त पुनरावेदन अदालतको फैसलामा अधिकार क्षेत्रात्मक त्रुटी भएकोले उत्प्रेषणको आदेशले बदर गरी उक्त मध्यस्थताको निर्णय कार्यान्वयन गर्न गराउन भनी परमादेशको आदेश जारी गरी पाऊँ भनी निवेदकले यस अदालतमा निवेदन दिएको देखिन आएको छ। विपक्षी कोनेको कम्पनीको तर्फबाट विवादको समाधान मध्यस्थताद्वारा गरिने भनी सम्झौतामा व्यवस्था नगरेको र सो सम्बन्धी अन्य सम्झौता भएको पनि दाबी गर्न सकेको छैन। एकलौटी तरिकाले मध्यस्थताबाट निर्णय गराएको छ। निर्णय गराउँदा यस कम्पनीका नाममा म्याद तामेल गरी सुनुवाइको मौका दिनु पर्नेमा सो समेत नदिइएको हुँदा उक्त मध्यस्थताको निर्णय कार्यान्वयन हुन नसक्ने गरी पुनरावेदन अदालतबाट भएको मिति २०६६/१२/१७ को फैसला कानूनसम्मत नै भएकोले रिट निवेदन खारेज गरी पाऊँ भनी यस अदालतमा लिखित जवाफ परी आज इजलाससमक्ष पेश हुन आएको छ।

१०. यस सम्बन्धमा निर्णयमा पुग्नका लागि विदेशमा भएको मध्यस्थसम्बन्धी निर्णय कार्यान्वयन गर्ने सम्बन्धमा नेपालको मध्यस्थता सम्बन्धी कानुन र विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णयलाई मान्यता प्रदान गर्ने र लागु गराउने सम्बन्धमा भएको अन्तराष्ट्रिय सन्धिको व्यवस्थाको विश्लेषण र विवेचना गर्नुपर्ने हुन्छ। विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णयलाई मान्यता प्रदान गर्ने र लागु गराउने सम्बन्धमा बनेको United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention, 1958) प्रचलनमा रहेको पाइन्छ। यस Convention मा कोरिया र नेपाल दुवैले हस्ताक्षर गरी पक्ष बनेका छन्। यसरी करारका दुवै

पक्षका राष्ट्रहरु उक्त Convention को पक्ष भएको अवस्थामा नेपालको अदालतले सम्पूर्ण कानुनी प्रक्रिया पूरा गरी सम्झौताको प्रावधान बमोजिम नियुक्त मध्यस्थले सम्झौताको प्रावधान अन्तर्गत सीमित रही सार्वजनिक नीतिको विरुद्धमा नहुने गरी गरेको निर्णयलाई मान्यता प्रदान गर्नुपर्ने हुन्छ। कस्तो अवस्थामा विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णयलाई मान्यता प्रदान गर्न सकिन्छ र कस्तो अवस्थामा इन्कार गर्न सकिन्छ भन्ने सम्बन्धमा नेपालको मध्यस्थता ऐन र उक्त New York Convention को व्यवस्थालाई समेत समुचित व्याख्या गर्न आवश्यक हुन्छ।

११. यसरी रिट निवेदनका सन्दर्भमा हेर्दा, यसमा रिट निवेदक HANIL ENGINEERING & CONSTRUCTION Co. LTD कोरियाको कानून अनुसार कोरियामा नै दर्ता भएको ठेकेदार कम्पनी रहेको देखियो। उक्त कम्पनीले नेपालमा मेलम्ची खानेपानी विकास समितिद्वारा प्रस्तावित Melamchi Adit Access Roads सम्बन्धी निर्माण कार्य गर्ने ठेक्का लिई सम्झौता गरेको पाइन्छ। आफूले ठेक्का लिएको कार्य गर्न यस कम्पनीले नेपालमा नेपालको कानून अनुसार दर्ता भएको नेपाली र कोरियाली नागरिकको संयुक्त लगानीमा स्थापित कोनेको कम्पनीसँग सम्झौता गरेको देखियो। सो सम्झौता अनुसार कोनेको कम्पनीले काम नगरेकोले जम्मा अमेरिकी डलर १,७५८,५७८/- हानी नोक्सानी भएको भनी निवेदककम्पनीले कोरिया स्थित Korean Commercial Arbitration Board समक्ष कोरियाको कानून अनुरुप मध्यस्थताबाट विवाद समाधान गरी पाऊँ भनी निवेदन दिएको र सो Board ले मध्यस्थहरु नियुक्ति गरी मध्यस्थहरुबाट दाबी अनुसारको क्षतिपूर्ति भराई पाउने गरी निर्णय गरेको देखियो। सो निर्णय कार्यान्वयनका लागि निवेदक कम्पनीले उच्च अदालत पाटनमा निवेदन दिएकोमा उच्च अदालतबाट निर्णय कार्यान्वयन हुन नसक्ने गरी फैसला भएको पाइयो। सो फैसला खारेज गरी उक्त मध्यस्थताको निर्णय कार्यान्वयन गर्न आदेश जारी गरी पाउँ भनी प्रस्तुत रिट दर्ता हुन आएको र विदेशमा भएका मध्यस्थका निर्णयहरू स्वतः कार्यान्वयन नहुने तथा यस्ता निर्णयको कार्यान्वयन यस सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय कानून, निर्णय गर्ने मुलुकको तथा कार्यान्वयन गरिने मुलुकको कानून एबम् पक्षहरूले गरेको मध्यस्थता सम्बन्धी सम्झौता समेतको आधारमा कार्यान्वयन हुने नहुने निर्णय गर्नु पर्ने भएको हुँदा मध्यस्थताको सैद्धान्तिक मान्यता तथा प्रचलित राष्ट्रिय र अन्तराष्ट्रिय कानुनी प्राबधानको सन्दर्भमा उक्त निर्णयको समीक्षा गर्नु पर्ने देखिन आयो।

१२. विवादको विषय सुम्बन्धमा नेपालको मध्यस्थता ऐन २०५५ को तत्सम्बन्धी प्राबधान हेर्दा दफा ३४ मा देहाय बमोजिमको प्राबधान रहेको पाइन्छः "विदेशमा भएको निर्णय कार्यान्वयन हुनेः (१) विदेशमा भएको निर्णय नेपालमा कार्यान्वयन गराउन चाहने पक्षले देहायका लिखतहरु संलग्न गरी उच्च अदालत समक्ष निवेदन दिनु पर्नेछः

(क) मध्यस्थको निर्णयको सक्कल वा त्यसको प्रमाणित प्रति ।

(ख) सम्झौताको सक्कल वा त्यसको प्रमाणित प्रति ।

(ग) मध्यस्थको निर्णय नेपाली भाषामा भएको रहेनछ भने सोको नेपाली भाषामा भएको औपचारिक अनुवाद ।

(२) विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णयलाई मान्यता दिने तथा कार्यान्वयन गराउने सम्बन्धमा व्यवस्था भएको कुनै सन्धिको नेपाल पक्ष भएको रहेछ भने सो सन्धिको पक्ष भएको विदेशी मुलुकको इलाकामा यो ऐन प्रारम्भ भएपछि भएको मध्यस्थको निर्णय त्यस्तो सन्धिको व्यवस्था तथा त्यसको पक्ष बन्दा उल्लेख गरिएका शर्तहरुको अधीनमा रही देहायको अवस्थामा मान्यता दिई नेपालमा कार्यान्वयन हुनेछः

(क) सम्झौतामा उल्लेख भएको कानून तथा कार्यविधि बमोजिम मध्यस्थ नियुक्त भई निर्णय भएको भएमा,

(ख) पक्षहरुलाई मध्यस्थताको कारबाहीको समयमै जानकारी गराइएको भएमा,

(ग) सम्झौताका शर्तहरु वा मध्यस्थलाई सुम्पिएको विषयहरुमा मात्र सीमित रही निर्णय भएको भएमा,

(घ) जुन मुलुकमा निर्णय भएको हो सो मुलुकको कानून बमोजिम सो निर्णय पक्षहरुलाई अन्तिम र बन्धनकारी भइसकेको भएमा,

(ङ) जुन व्यक्तिले मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयन गराउन निवेदन दिएको हो सो व्यक्तिको मुलुकको कानूनमा वा मध्यस्थता भएको स्थानको मुलुकको कानूनमा नेपालमा भएको मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयन हुन नसक्ने कानूनी व्यवस्था नभएमा,

(च) निर्णय भएको मितिले नब्बे दिनभित्र निर्णय कार्यान्वयनका लागि निवेदन परेको भएमा ।

(३) उपदफा (१) बमोजिम परेको कुनै निवेदनमा उपदफा (२) मा उल्लेखित शर्तहरु पूराभएकोछ भन्ने कुरामा उच्च अदालत सन्तुष्ट भएमा सो अदालतले सो निर्णयलाई कार्यान्वयन गर्न जिल्ला अदालतमा पठाउनु पर्नेछ ।

(४) यस दफामा अन्यत्र जुनसुकै कुरा लेखिएको भए तापनि देहायका अवस्थामा विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयन हुनेछैनः

(क) जुन विवाद निरोपण भै निर्णय गरिएको हो सो विवाद नेपाल कानूनबमोजिम मध्यस्थद्वारा समाधान हुन नसक्ने प्रकृतिको भएमा ।

(ख) त्यस्तो निर्णयको कार्यान्वयन गर्दा सार्वजनिक नीति विरुद्ध हुने भएमा।

विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयन सम्बन्धी United Nations Convention on the recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention), 1958 को Article V मा पक्ष राष्ट्रहरूले विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयन गर्न इन्कार गर्न सक्ने अवस्थाहरू उल्लेख छन्। जसको Article V.1.b मा "The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case" भन्ने उल्लेख छ। त्यस्तै, Article V.1.d मा "The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place" भन्ने प्राबधान रहेको पाइन्छ।

१३ प्रस्तुत मुद्दामा रिट निवेदनकले २०५९।६।२४ मा निवेदक र विपक्षी बीचमा भएको सम्झौता बमोजिम दक्षिण कोरियामा भएको मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयन जिल्ला अदालतलाई आदेश गरिपाऊँ भनी तात्कालीन पुनरावेदन अदालत पाटनमा दिएको निवेदन अनुसार आदेश गर्न नमिल्ने गरी फैसला भएपछि यस अदालतमा रिट निवेदनमार्फत उपचार माग गरेको अवस्था छ। प्रत्यर्थीले मध्यस्थ नियुक्ति र मध्यस्थताको कारवाहीको सम्बन्धमा आफूले सुनुवाइको अवसर नपाएको र रिट निवेदकले एकतर्फी रुपमा मध्यस्थताको कारवाही गरेको हुँदा त्यस्तो कारवाहीबाट भएको मध्यस्थको निर्णय नेपालमा कार्यान्वयन हुन नसक्ने भनी जिकीर लिएको देखियो। यसरी प्रत्यर्थीले कोरियामा भएको मध्यस्थको नियुक्ति, मध्यस्थताको प्रक्रिया लगायतका विषयमा विवाद उठाएको हुँदा प्रस्तुत विवाद सम्बन्धी तथ्य, माथि

उल्लेखित कानूनी प्राबधान र सम्झौता समेतका आधारमा निम्न विषयमा विवेचना गरी निर्णयमा पुग्नु पर्ने अवस्था देखिएको छः

१ कोरियामा भएको मध्यस्थको निर्णय नेपालमा कार्यान्वयनको लागि कारवाही गर्न मिल्ने हो होइन?

२ कोरियामा रिट निवेदकको निवेदनका आधारमा भएको मध्यस्थको नियुक्ति पक्षहरूको सम्झौता बमोजिम भएको छ छैन?

३ मध्यस्थताको लागि अवलम्बन गरिएको प्रक्रिया पक्षहरूबीच भएको सम्झौता अनुकुल छ छैन?

४ मध्यस्थको नियुक्ति र मध्यस्थताको प्रक्रियाको सन्दर्भमा विपक्षीलाई उचित सुनुवाइको अवसर दिइएको छ छैन?

१४ कोरियामा भएको मध्यस्थको निर्णय नेपालमा कार्यान्वयनको लागि कारवाही गर्न मिल्ने हो होइन भन्ने पहिलो प्रश्नको सम्बन्धमा विचार गर्दा मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ३४(२) मा विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णयलाई मान्यता दिने तथा कार्यान्वयन गराउने सम्बन्धमा व्यवस्था भएको कुनै सन्धिको नेपाल पक्ष भएको रहेछ भने सो सन्धिको पक्ष भएको विदेशी मुलुकको इलाकामा यो ऐन प्रारम्भ भएपछि भएको मध्यस्थको निर्णय त्यस्तो सन्धिको व्यवस्था तथा त्यसको पक्ष बन्दा उल्लेख गरिएका शर्तहरुको अधीनमा रही मान्यता दिई नेपालमा कार्यान्वयन हुन सक्ने व्यवस्था रहेको पाइयो। नेपाल र कोरिया दुवै राष्ट्र विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णयलाई मान्यता दिने र कार्यान्वयन गर्ने सम्बन्धी माथि उल्लेखित New York Convention का पक्ष राष्ट्र भएको तथ्यमा विवाद देखिएन। यस रिट निवेदनमा विवादमा रहेको मध्यस्थताको निर्णय मिति २०६६।४।५ मा भएकोले मध्यस्थता ऐन २०५५ लागु भए पश्चात सो निर्णय भएको भन्ने तथ्यमा समेत विवाद रहेन। यसरी कार्यान्वयनको माग गरिएको मध्यस्थको निर्णय कोरियामा भएको र नेपाल तथा कोरिया दुवै New York Convention, 1958 का पक्ष राष्ट्र भएकोले मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ३४(२) बमोजिम विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयन हुनको लागि निवेदकले नेपालमा कारवाही गर्न मिल्ने नै देखिदा सो सम्बन्धमा थप विवेचना गर्नु परेन।

१५ अब कोरियामा रिट निवेदकको निवेदनका आधारमा भएको मध्यस्थको नियुक्ति पक्षहरूको सम्झौता बमोजिम भएको छ छैन भन्ने दोस्रो प्रश्नको सम्बन्धमा विचार गर्दा मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ३४(२)(क) मा विदेशमा भएका मध्यस्थका निर्णय नेपालमा कार्यान्वयन हुनको लागि पक्षहरूवीच भएका सम्झौतामा उल्लेख भएको कानून तथा कार्यविधि बमोजिम मध्यस्थ नियुक्त भई निर्णय भएको हुनुपर्ने शर्त रहेको पाइन्छ। त्यस्तै, मध्यस्थता मूलतः पक्षहरुबीचमा आपसी सहमतिमा भएको सम्झौतामा आधारित प्रक्रिया हो। मध्यस्थताद्वारा विवाद समाधान गर्ने सम्झौताका आधारमा नै मध्यस्थले आफ्नो अधिकार प्रयोग गर्ने हो। मध्यस्थको निर्णय सो सम्झौताले निर्धारण गरेको परिधिभन्दा बाहिर जान सम्भव हुँदैन। त्यसैले New York Convention को Article V.1.d मा विदेशमा भएका मध्यस्थका निर्णय कार्यान्वयन हुन नसक्ने आधारको रुपमा "The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place" भन्ने उल्लेख भएको पाइन्छ। पक्षको सहमतिमा वा सहमति अनुसारको कानून बमोजिम मध्यस्थको नियुक्ति भएको खण्डमा मात्र त्यस्ता मध्यस्थले गरेको निर्णय कार्यान्वयन हुन सक्ने नियमलाई राष्ट्रिय तथा अन्तरराष्ट्रिय कानूनले अवलम्बन गरेको पाइन्छ। Arbitration Act of Korea को Article 8 मा पनि Arbitration Agreement हुनको लागि दुबै पक्षको आपसी सहमति हुनुपर्ने र त्यस्तो सम्झौता लिखित रुपमा भएको हुनुपर्ने शर्त तोकिएको देखिन्छ। त्यसैले मध्यस्थ नियुक्तिको लागि सम्बन्धित करारीय समझौतामा वा छुट्टै सम्झौतामा पक्षहरूबीच आपसी सहमति भएको हुनुपर्दछ र सोही सम्झौतामा उल्लेख भएको कानून तथा कार्यविधि बमोजिम मध्यस्थ नियुक्त भएर निर्णय भएको हुनुपर्दछ। यो नै विदेशी मध्यस्थताको निर्णयले मान्यता पाउने वा नपाउने भन्ने बारेको मुख्य शर्त हो।

१६ प्रस्तुत विवादमा जुन तरिकाबाट मध्यस्थको नियुक्ति भएको छ त्यो पक्षहरूबीच भएको सम्झौता अनुसार भएको छ छैन भनी विचार गर्दा पक्षहरुबीच भएको मूल सम्झौताको दफा ७ र १० का आधारमा रिट निवेदकले मध्यस्थको नियुक्तिको बैधता कायम गर्न खोजेको देखिन्छ। उक्त दफा १० मा The contract shall be governed by the laws of the Republic of Korea भन्ने उल्लेख छ। सो प्रावधानका आधारमा कोरिया स्थित Korean Commercial Arbitration Board समक्ष कोरियाली कानून अनुसार मध्यस्थताबाट विवाद समाधान गरिपाउन माग दावी पेश गरेकोले

उक्त Board ले तीन जना मध्यस्थ रहेको ट्राइबुनल गठन गरी विपक्षी कोनेको प्रा.लि. लाई प्रतिवादको अवसर प्रदान गरी निर्णय भएको हो भन्ने व्यहोरा निवेदनमा उल्लेख भएको पाइन्छ। यस सम्बन्धमा हेर्दा, सम्झौताको दफा ७ मा विवाद उत्पन्न भएमा आपसी समझदारीबाट समाधान गर्ने र मध्यस्थताबाट समाधान नभएसम्म काम चालु राख्ने कुरा उल्लेख भएकोमा सो मध्यस्थता कसरी, कहाँ, कुन कानून अनुसार र कसबाट हुने भन्ने जस्ता dispute settlement clause मा सामान्यतया उल्लेख हुनुपर्ने शर्तहरू यस सम्झौतामा उल्लेख छैनन्। सम्झौताको दफा १० को उल्लेखित व्यवस्थाको आधारमा मध्यस्थले अधिकारक्षेत्र ग्रहण गरेको भन्ने निवेदन दावी छ। मूल करारको भागकै रुपमा रहेको भएपनि Dispute resolution clause लाई एक अलग्गै करार मानिन्छ, जसलाई Doctrine of Severability भनिन्छ। यस सिद्धान्त अनुसार मुख्य करारबाट मध्यस्थता सम्बन्धी व्यवस्थालाई अलग मानेको कारणबाट दुईवटा परिणाम आउने देखिन्छ। पहिलो, मूल करारको status ले मध्यस्थ सम्बन्धी विषयलाई प्रभावित नगर्ने। दोस्रो, मध्यस्थ सम्बन्धी governing law मूल करारको governing law भन्दा अलग हुन सक्ने। यो सिद्धान्त international commercial arbitration मा समेत स्वीकार गरिएको मान्य सिद्धान्त हो।

१७ पक्षहरूले स्पष्ट उल्लेख नगरेको अवस्थामा करारको governing law नै मध्यस्थको नियुक्ति तथा प्रक्रियाको लागि पनि governing law हुन्छ भन्ने मान्न मिल्दैन। यस विषयमा Dr. Reinmer Wolff को Commentary on New York Convention नामक पुस्तकमा उल्लेखित भनाइ सान्दर्भिक देखिन्छः " There has been some controversy about whether a general choice of law clause is an underlying contract also applies to the arbitration clause, if no specific body of law is specified to govern such clause. In practice, if the Parties made a choice of law for the main contract containing the arbitration agreement, that choice of law is usually understood to apply to the arbitration agreement as well. … however, this is not an inevitable interpretation due to the fact that according to the doctrine of separability, the main contract and the arbitration agreement are two separate agreements that could be governed by different laws." (Wolff (ed,), New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Commentary- C.H. Beck. Hart Nomos P 275-276) ।

१८ उल्लेखित Principle of Separability लाई नेपालको कानुनी व्यवस्थाले पनि स्वीकार गरेको छ । नेपालको मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा १६(३) मा यस प्रकार उल्लेख गरिएको छ " …करारको वैधता वा प्रभावकारीताको सम्बन्धमा निर्णय गर्ने

प्रयोजनका लागि कुनै करारमा मध्यस्थताद्वारा विवादको समाधान गर्ने प्रावधान रहेछ र सो प्रावधान सोही करारको अभिन्न अंगको रुपमा रहेको रहेछ भने सो करारको मध्यस्थता सम्बन्धी प्रावधानलाई छुट्टै सम्झौताको रुपमा लिइनेछ । मध्यस्थले त्यस्तो करार बदर वा अमान्य हुने गरी वा प्रभावहीन भएको निर्णय गरे तापनि सोही कारणले त्यस्तो प्रावधान कानूनतः बदर वा अमान्य वा प्रभावहीन भएको मानिने छैन।" त्यस्तै Korean Arbitration Act of Korea, 1999 को दफा १७(१) मा रहेको प्राबधान यसप्रकार छः *"The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract."*

१९ त्यसैले, मूल करारको अंश कै रुपमा रहेको भएपनि Arbitration clause एक अलग सम्झौता मानिने र मध्यस्थको प्रयोजनको लागि यसमा प्रयोग हुने सारवान कानून र कार्यविधि कानून कुन देशको हुने भन्ने कुरा पक्षको इच्छामा निहित हुने विषय भएको सन्दर्भमा पक्षहरूले करारको सारवान विषयमा कुनै देशको कानून प्रयोग हुने गरी छनौट गरेको कारणबाट मात्र त्यसको कार्यविधि कानून र नियुक्ति प्रक्रिया समेत सोही देशको नै छानेका हुन् भनी अर्थ गर्नुपर्ने देखिदैन। यस आधारमा पक्षहरूबीच भएको करारको दफा १० मा Contract shall be governed by Korean Law भनी उल्लेख भएकै कारणबाट मध्यस्थ नियुक्ति लगायत कार्यविधिहरूको सम्बन्धमा कोरियन कानून लागु हुन्छ भनी मान्न मिल्ने देखिएन।

२० करार हुंदाका वखत वा तत्पश्चात् पक्षहरूले मध्यस्थ नियुक्ति गरेको वा मध्यस्थको संख्या वा नियुक्तिको लागि निश्चित प्रक्रियामा सहमति कायम गरेका छैनन्। पक्षहरूले मध्यस्थ नियुक्त गर्नको लागि कुनै संस्था वा व्यक्तिलाई appointing authority को जिम्मेवारी दिने गरी सहमति गरेका भन्ने पनि देखिएको छैन। यस्तो अवस्थाका मध्यस्थको नियुक्ति कसरी हुने भन्ने सम्बन्धमा पक्षहरूले मध्यस्थको प्रक्रियाको लागि छानेको कार्यविधि कानून आकर्षित हुनु स्वाभाविक हुन्छ। तर यस करारमा पक्षहरूले मध्यस्थको नियुक्ति र कार्यविधि सम्बन्धी कानून छानेको नदेखिएको भन्ने विषयमा माथि विवेचना गरिएको छ। यस विवादमा मध्यस्थताको नियुक्ति सम्बन्धी कोरियन कानून आकर्षित हुने भन्ने रिट निवेदकको जिकीरको सन्धर्भमा मध्यस्थताको नियुक्ति कोरियन कानून अनुसार भएको पनि देखिदैन। *Arbitration Act of Korea* को दफा १२(२) मा *Parties are free to agree on a procedure of appointing the*

arbitrator or arbitrators भन्ने उल्लेख भएको पाइन्छ। यस स्थितिमा निवेदक कम्पनी कसरी *Korean Commercial Arbitration Board* मा दावी लिएर मध्यस्थको लागि गएको हो भन्ने निवेदन कथन तथा *Arbitration Award* समेतबाट स्पष्ट हुन सकेको छैन। *Korean Arbitration Act* को दफा १२(२) ले वा अन्य कुनै पनि प्रावधानले उक्त बोर्डलाई सोझै अधिकार क्षेत्र प्रदान गरेको पनि देखिदैन। उक्त ऐनको दफा १२ मा Arbitrator सम्बन्धी व्यवस्था गरेको छ। जसअनुसार दफा १२ (३) को व्यवस्था यस प्रकार छ। *Failing such agreement referred to in pragraph (2),*

1. *In an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator within thirty days after a party has received a request for initiating the procedure for his appointment from the other party, he shall be appointed, upon request of a party, by the court; or*
2. *In an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator. If a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court.*

२१ पक्षहरूवीचमा मध्यस्थ नियुक्ति गर्ने सम्बन्धमा कुनै सहमति नभएको अवस्थामा वा सहमति भएको भएपनि सो अनुसार नियुक्त हुन नसकेको अवस्थामा के गर्ने भन्ने सम्बन्धमा उल्लेखित कोरियन कानून जस्तै नेपालमा पनि मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ६ र ७ ले व्यवस्था गरेको पाइन्छ। उक्त दफा ६ अनुसार सम्झौतामा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक मध्यस्थताद्वारा विवादको समाधान गराउनु पर्ने कारण उत्पन्न भएको मितिले तीन महिनाभित्र मध्यस्थ नियुक्ति गर्ने प्रकृया शुरु गर्नु पर्नेछ। सो दफाका मुख्य व्यवस्था यस प्रकार छन्:

(१) सम्झौतामा मध्यस्थ हुने व्यक्तिको नाम उल्लेख भएकोमा सम्झौतामा उल्लेखित व्यक्ति नै मध्यस्थ नियुक्ति भएको मानिनेछ।

(२) सम्झौतामा मध्यस्थ नियुक्ति गर्ने सम्बन्धमा कुनै छुट्टै व्यवस्था भएको रहेछ भने सोही बमोजिम मध्यस्थ नियुक्ति गरिनेछ।

(३) सम्झौतामा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक प्रत्येक पक्षले एक एकजना मध्यस्थ नियुक्त गर्नेछन् र त्यसरी नियुक्त भएका मध्यस्थहरुद्वारा नियुक्त तेर्स्रो मध्यस्थले मुख्य मध्यस्थ भई काम गर्नेछ।

त्यस्तै उक्त दफा ७ मा देहायको अवस्थामा कुनै पक्षले मध्यस्थको नियुक्तिको लागि उच्च अदालतमा निवेदन दिन सक्ने व्यवस्था रहेको छः

१ सम्झौतामा उल्लेख भएको प्रकृया अपनाउँदा मध्यस्थ नियुक्ति हुन नसकेमा।

२ सम्झौतामा मध्यस्थ नियुक्ति गर्ने सम्बन्धमा कुनै कुरा उल्लेख नभएमा।

२२ यसरी हेर्दा कोरियन कानूनमा पनि नेपालको मध्यस्थता ऐनले मध्यस्थता नियुक्ति सम्बन्धी गरेको व्यवस्थासँग मिल्दोजुल्दो व्यवस्था रहेको देखिन्छ। दुवै पक्षहरुको बीचमा मध्यस्थ नियुक्तिको प्रकृया सम्बन्धमा सहमती नभएमा वा एक पक्षले मध्यस्थ नियुक्तिको लागि अर्को पक्षलाई अनुरोध गरेकोमा अर्को पक्षले मध्यस्थ नियुक्ति नगरेमा वा दुवै पक्षहरुबाट नियुक्ति गरेका मध्यस्थहरुले *Third Arbritrator* नियुक्ति गर्न नसकेमा नियुक्तिका लागि अदालतमा निवेदन गर्नुपर्ने देखिन्छ। Arbitration *Act of Korea* को दफा १२ हेर्दा मध्यस्थ नियुक्तिको पूर्व सहमती नभएको र तत्काल हुन पनि असम्भव भएको अवस्थामा कुनै पक्षले मध्यस्थको नियुक्ति गर्न चाहेमा अर्को पक्षलाई तोकिएको माध्यमबाट सूचना दिनु पर्ने र अर्को पक्षले सो सूचना पाएको वा पाउने भरपर्दो अवस्था पुगेको तीस दिनभित्र सोमा सहमती नजनाएमा मात्र सम्बन्धित पक्षको अनुरोधमा अदालतले मध्यस्थ नियुक्त गरी यसको कार्यविधि निर्धारण गर्न सक्ने देखिन्छ। नेपाल लगायत अन्य देशको कानून हेर्दा पनि पक्षहरु बीच आपसी सहमति हुन नसकी पक्षले निवेदन दिएको अवस्थामा मात्र सम्बन्धित देशको कानून अनुसार अदालतबाट मध्यस्थको नियुक्ति हुने तथा प्रचलित कानून अनुसारको मध्यस्थताको कार्यविधि निर्धारण हुने हुन्छ। त्यसैले मध्यस्थताको नियुक्तिमा कुनै प्रकारले पनि सहमती हुन नसकेको अवस्थामा अदालतबाट मध्यस्थहरूको नियुक्ति हुनुपर्ने हुन्छ। तर प्रस्तुत सन्दर्भमा सो विषयमा सहमतिको प्रयास गर्दा गर्दै पनि सहमति नभएको भन्ने आधारहरु देखिएका छैनन् र निवेदक कम्पनीले पनि सो कुरा देखाउन सकेको पाइँदैन।

२३ प्रस्तुत विवादको सन्दर्भमा निवेदक कम्पनीले विवाद समाधानका लागि अर्को पक्षसँग लिखित सहमती गरी मध्यस्थ नियुक्त गर्न खोजेको वा त्यस्तो सहमती हुन असम्भव

भएको अवस्थामा आफैले मध्यस्थ नियुक्त गरी सोको सूचना विपक्षी कम्पनीलाई पठाएको भन्ने देखिदैन। कोरियाको मध्यस्थता सम्बन्धी कानुन अनुसार यस्तो सूचना पठाएको भए सोमा तीस दिन भित्र अर्को पक्षले सहमती नजनाएको अवस्थामा मात्र अदालतबाट मध्यस्थ नियुक्ति गर्ने प्रक्रिया शुरु हुने देखिन्छ। यसमा निवेदक कम्पनीको एक पक्षीय निवेदनका आधारमा मात्र Korean Commercial Arbitration Board ले मध्यस्थ नियुक्ति गरेको देखिएको छ। यसैगरी, Korean Arbitration Act को Article 8 र मध्यस्थता ऐन, २०५५ को दफा २(क) को स्पष्टीकरण (२) मा मध्यस्थहरूलाई विवाद सुम्पने गरी पक्षहरुबीच आदान प्रदान भएको पत्र, टेलेक्स, टेलिग्राफ, टेली फ्याक्स वा लिखित अभिलेख रहन सक्ने त्यस्तै प्रकृतिको दुरसञ्चार माध्यमहरूलाई पनि मध्यस्थलाई विवाद सुम्पने लिखित सहमती भएको मानिने व्यवस्था भएकोमा यसमा विपक्षी कम्पनीसँग उपर्युक्त सञ्चार माध्यमबाट पनि मध्यस्थहरूलाई विवाद सुम्पने गरी कुनै कुरा आदानप्रदान भएको देखिँदैन। यसरी पक्षहरूको सहमति विना भएको मध्यस्थको नियुक्ति र सोले दिएको निर्णय कोरियाको कानुनी व्यवस्था र नेपालको कानुनी व्यवस्थाको समेत प्रतिकूल रहेको देखिन्छ।

२४ पक्षहरुबीचमा मध्यस्थताको नियुक्ति र कार्यविधि सम्बन्धमा कुनै सहमति नै नभएको अवस्थामा एक पक्षले दिएको निवेदनका आधारमा Korean Commercial Arbitration Board ले मध्यस्थ नियुक्ति गरेको र मध्यस्थले आफ्नै किसिमको कार्यविधि अपनाएको अवस्थालाई माथि उल्लेख भए अनुसार आपसी सहमति हुनुपर्ने मध्यस्थताको सैद्धान्तिक आधार र कानूनी व्यवस्थाको परिप्रेक्ष्यमा समेत मिलेको मान्न सकिने देखिएन। माथि विवेचना भएका आधारमा यस विवादमा करार भएको र व्यवसाय सञ्चालन भएको देश नेपालको कानुनको प्रावधान तथा मध्यस्थता भएको भनिएको देश कोरियाको मध्यस्थता सम्बन्धी कानूनले तोकेको प्रकृया पूरा गरी मध्यस्थ *(Arbitration Tribunal)* को नियुक्ति भएको नदेखिदा रिट निवेदकले कार्यान्वयनको माग गरेको मध्यस्थको निर्णय मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ३४(२)(क) बमोजिम सम्झौतामा उल्लेख भएको कानून तथा कार्यविधि बमोजिम मध्यस्थ नियुक्त भई निर्णय भएको मान्न मिलेन।

२५ अब मध्यस्थताको लागि अवलम्बन गरिएको कार्यविधि पक्षहरूबीच भएको सम्झौता अनुकुल छ छैन भन्ने प्रश्नको सम्बन्धमा विचार गर्दा मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ३४(२)(क) अनुसार मध्यस्थले निर्णयमा पुग्नको लागि अवलम्बन गरिएको कार्यविधि

पक्षहरूले गरेको सम्झौता अनुकुल नभएमा त्यस्तो मध्यंस्थको निर्णय कार्यान्वयन हुन सक्दैन। New York Convention को Article V.1.d मा पनि उक्त प्रवधानलाई स्वीकार गरिएको छ। प्रस्तुत निवेदनमा विवादको तथ्य हेर्दा निवेदक कम्पनी र विपक्षी कम्पनीका बीचमा विवाद समाधानका सम्बन्धमा मूल सम्झौताको दफा ७ बाहेक छुट्टै सम्झौता भएको देखिदैन। यी पक्षहरूबीचमा भएको मूल सम्झौताको Article 7 मा Settlement of Disputes and Arbitration शीर्षकमा If any dispute or ambiguity arises between the Parties, it shall be settled amicably and in good faith by the Parties. Unless otherwise directed by the contractor, the subcontractor must continue to perform the works while awaiting the settlement of dispute through arbitration. भनिएको छ। यस प्राबधानअनुसार यस सम्झौताका बारेमा पक्षहरुका बीचमा कुनै विवाद उत्पन्न भएमा सद्नियतसाथ आपसी समझदारीमा विवाद समाधान गर्ने र यदि यसरी समाधान हुन नसकेमा सम्झौताका पक्षहरूले मध्यस्थताबाट विवादको समाधान नभएसम्म र Contractor ले अन्यथा निर्देशन दिएमा बाहेक Subcontractor ले कामलाई निरन्तरता दिनुपर्ने गरी सहमति भएको पाइन्छ। प्रस्तुत विवाद करारीय दायित्वको बिषयलाई लिएर सृजना भएको र सो करीय सम्झौतामा *'मध्यस्थताबाट विवाद समाधान नभएसम्म'* भन्ने वाक्यांश उल्लेख भएकोले उक्त करारीय दायित्वको विषयलाई मध्यस्थताबाट समाधान गर्न पक्षहरूबीचमा करार हुँदा नै सहमति भएको मान्नु पर्ने हुन्छ। यसरी पक्षहरूले करारका सम्बन्धमा विवाद उठेमा त्यसको समाधान मध्यस्थताबाट गर्ने भन्नेसम्म उल्लेख भए पनि यसमा मध्यस्थताको नियुक्तिको प्रक्रिया, संख्या, लागुहुने कानून मध्यस्थताको कार्यविधि वा अन्य सान्दर्भिक कुनै कुरा पनि उल्लेख भएको पाइदैन। तर सो सम्झौताले विवाद उत्पन्न भएमा त्यसको समाधान गर्न आपसी सहमति कायम गर्ने इमानदार प्रयास गर्नुपर्ने कार्यलाई भने अनिवार्य शर्त मानेको कुरामा कुनै द्विविधा छैन।

२६ उल्लेखित सम्झौता अनुसार विवादको समाधान आपसी सहमतिबाट हुन नसक्ने परिस्थिति उत्पन्न भएको भए पनि विवादको समाधन गराउने बारेमा पक्षहरूबीच मध्यस्थद्वारा विवाद समाधान गराउन सोको प्रकृया, कानून आदि विषयमा दुवै पक्षहरू बीचमा सहमति गर्ने अवसर पक्षहरूलाई उपलब्ध भएपनि त्यसतर्फ कुनै प्रयास भएको देखिदैन। आपसी समझदारीमा सद्नियतपूर्वक विवाद समाधान गर्नुपर्न व्यवस्था करारमा उल्लेख गर्नुको अर्थ सो अनुसारको कार्य हुनु पर्दछ वा सोको लागि प्रयास भएको थियो भन्ने स्पष्ट देखिनु अनिवार्य हुन्छ। अन्यथा सो प्राबधान राख्नुको औचित्य

हुँदैन। उक्त दफा ७ मा विवाद उत्पन्न भएमा त्यसको समाधान आपसी सहमतिबाट गर्नुपर्ने अनिवार्य शर्त रहेको अवस्थामा निवेदकले मध्यस्थताको प्रक्रियाको खोजी गर्नुपूर्व उक्त शर्तको इमानदारिपूर्वक पालन गर्नु पर्ने हुन्छ। सो प्रयास सफल नभएमा मात्र मध्यस्थताको प्रक्रिया शुरु गर्न मिल्ने भएको हुँदा बैध रुपमा नियुक्त भएका मध्यस्थले समेत अधिकारक्षेत्र ग्रहण गर्नुभन्दा अगाडि करारमा उल्लेखित उक्त व्यवस्थाको पालना भएको छ छैन भन्ने कुरा सुनिश्चित गरेर मात्र आफू समक्ष आएको विवाद हेर्नको लागि परिपक्व (mature) भएको पाइएमा मात्र मध्यस्थको प्रक्रिया अगाडि बढाउनु पर्ने हुन्छ। मध्यस्थको अधिकारको मूल स्रोत नै पक्षहरूबीचमा भएको सहमति हो। पक्षहरुको बीचमा भएको करारले आपसी समझदारीमा विवाद समाधान गर्ने व्यवस्था गरेकोमा त्यसतर्फ प्रयास नै नगरी मध्यस्थताको प्रक्रिया अबलम्बन गर्नु र सो तर्फा ध्यान नपुऱ्याई निर्णय गर्नुबाट स्पष्ट रुपमा पक्षहरूको मनसाय र Amicable settlement clause विपरित अपरिपक्व (premature) अवस्थामा निर्णय भएको देखिन आएको छ। तसर्थ, सम्झौतामा आपसी सहमतिबाट विवाद समाधान गर्ने प्राबधानको अबलम्बन नगरी मध्यस्थको प्रक्रियामा आएको तथ्य तर्फ ध्यान नदिई अबलम्बन गरिएको मध्यस्थताको प्रक्रिया पक्षहरूको सहमति अनुकूलको मान्न मिल्ने देखिएन।

२७ रिट निवेदकको माग बमोजिम भएको मध्यस्थको नियुक्ति र मध्यस्थताको प्रक्रियाको सन्दर्भमा विपक्षीलाई उचित सुनुवाइको अवसर दिइ नदिएको सम्बन्धी अर्को प्रश्नको सम्बन्धमा विचार गर्दा मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ३४(२)(ग) अनुसार पक्षहरुलाई मध्यस्थताको कारबाहीको समयमै जानकारी गराइएको भएमा मात्र विदशमा भएको त्यस्तो निर्णय नेपालमा कार्यान्वयन हुन सक्दछ। त्यस्तै New York Convention को Article V.1.d मा विदेशमा भएका मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयन गर्न इन्कार गर्न सकिने आधारमा "The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case" भनी उल्लेख भएको पाइन्छ। यी प्राबधानहरूबाट मध्यस्थको प्रक्रियामा पक्षहरूलाई सुनुवाइको यथेष्ट अवसर दिएको हुनुपर्ने र उनीहरूले आफ्नो वचाउमा प्रमाण पेश गर्न नपाएको देखिएमा त्यस्ता निर्णय अमान्य हुने गरी स्वच्छ सुनुवाइको सिद्धान्तलाई महत्वका साथ आत्मसात गरेको देखिन्छ।

२८ निवेदकले विपक्षी कोनेको कम्पनीलाई मध्यस्थताको नियुक्ति सम्बन्धमा सूचना दिएको भनी दावी गरेतर्फ हेर्दा, निवेदकले सन् २००९ फेब्रुअरी ६ मा Korean Commercial Arbitration Board मा आफ्नो दाबी प्रस्तुत गरेको र ऐ.२७ मा सो बोर्डले मध्यस्थकर्ता नियुक्त गर्नको लागि सूचना पठाएको, उक्त सूचना नेपालको ठेगानामा पुग्न नसकी पुनः सूचना पठाउँदा पनि नपुगेकोले कोनेकोको प्रबन्ध निर्देशक Mr. Hyunil Chung लाई ऐ. अप्रिल २९ मा कोरियामा नै म्याद सूचना पठाएकोमा सो सूचना निजले प्राप्त गरी १७ जुलाई २००९ मा आफ्नो तर्फबाट प्रतिवाद समेत गरेको भनी निवेदनमा उल्लेख गरी प्रतिवादको प्रतिलिपि समेत रिट निवेदनका साथ संलग्न गरेको पाइन्छ। तर सूचना पाउने व्यक्ति निज प्रबन्ध निर्देशक Mr. Hyunil Chung उपर समेत दाबी रहेको र नीज उपरको दाबी निवेदकले विना आधार कारण फिर्ता लिएको देखिएबाट निजले प्राप्त गरेको सूचनालाई कम्पनीले नै सूचना पाएको र निजले नै कम्पनीको तर्फबाट मध्यस्थताको प्रक्रियामा सहभागी भएको भनी मान्न मिल्ने देखिएन। निजले कम्पनीको तर्फबाट मध्यस्थताको प्रक्रियामा सहभागी हुने, कम्पनीको तर्फबाट सुनुवाइमा भाग लिने वा प्रतिरक्षा गर्ने गरी कुनै अधिकारपत्र पाएको भन्ने जिकीर पनि निवेदकले लिन सकेको पाइदैन। नेपालमा कार्यालय रहेको कोनेको कम्पनीले नै मध्यस्थताको कारबाहीको सूचना प्राप्त गरेको भन्ने स्वयं निवेदकको भनाइबाट र अन्य कुनै मिसिल संलग्न कागजबाट खुल्न आएको छैन।

२९ यसमा निज प्रबन्ध निर्देशकले बुझेको भनिएको सूचना केवल मध्यस्थकर्ता नियुक्तिका लागि मात्र दिएको स्वयं निवेदकको भनाइबाट देखिन्छ। सो बाहेक मध्यस्थताको प्रक्रियामा प्रतिवाद गर्ने वा सुनुवाइ प्रक्रियामा सहभागी हुने सम्बन्धमा अर्को सूचना पठाएको भनी निवेदक कम्पनीले भन्न सकेको पाईंदैन। मध्यस्थको निर्णय (Arbitration Award) मा पनि सो कम्पनीलाई मध्यस्थताको कारबाहीको सूचना यो मितिमा जारी भएको हो वा यो मितिमा सो सम्बन्धी सूचना प्राप्त गरेको हो भन्ने सम्बन्धमा केही उल्लेख गरेको पाइँदैन। साथै यी विपक्षीले प्रतिरक्षा वा प्रतिवाद गरेको भन्ने पनि देखिन आउँदैन। यसैगरी एकपटक दिएको र पाएको सूचना सबै कार्यको लागि पर्याप्त हुँदैन। कानूनले तोकेको अलग कार्यको लागि अलग अलग नै सूचना दिनुपर्ने हुन्छ। एउटा कार्यका लागि पनि सूचना दिन छुट गरी गरेको निर्णयले कानूनी मान्यता पाउँदैन। सुनुवाइको पर्याप्त मौका नपाई भएको निर्णय प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त विपरीत हुने हुँदा कार्यान्वयनयोग्य मान्न सकिदैन। त्यसैले प्रस्तुत

मध्यस्थतामा पनि निज कोनेको कम्पनीका प्रबन्ध निर्देशक Mr. Hyunil Chung ले मध्यस्थ नियुक्ति गर्ने सूचना बुझेकोमा सूचना अनुसारको कुनै काम तथा प्रयास नगरी कम्पनीको आधिकारिक पत्र विना नै केवल प्रतिवाद मात्र गरेकोलाई मध्यस्थता सम्बन्धी कानून अनुसार मध्यस्थ नियुक्तिको मौका पनि दिएको र सुनुवाइको पनि मौका दिएको भनी मान्नु न्यायसङ्गत हुँदैन। यसरी भएको निर्णयले कानूनी मान्यता नपाउने हुँदा त्यस्तो निर्णय कार्यान्वयनयोग्य पनि हुन सक्दैन।

३० विवाद समाधानको लागि अपनाइने जस्तोसुकै उपायमा पनि अर्को पक्षलाई सुनुवाइको लागि पर्याप्त मौका नदिई सो पक्षलाई असर पर्ने निर्णय गर्नु हुँदैन भन्ने विश्वव्यापी मान्यता हो। यो कागजी औपचारिकताको मात्र विषय होइन। यस्तो सूचना सम्बन्धित पक्षले पाएको हुन सक्ने र सो पाए अनुसार वास्तविक प्रतिवाद गर्न सक्ने पर्याप्त आधार रहेको हुनु पर्दछ। यसै कारण त्यस्तो सूचना तामेल गर्ने स्पष्ट रित प्रक्रिया कानूनमा नै उल्लेख हुन्छ। साथै प्रतिवाद गर्ने कार्य प्राकृतिक व्यक्तिको हकमा आफैं वा आफ्नो कानून बमोजिम रित पुऱ्याई नियुक्त गरेको प्रतिनिधि र कानूनी व्यक्तिको हकमा कानून बमोजिम रित पुऱ्याई नियुक्त गरेको प्रतिनिधिले मात्र गर्न पाउने हुन्छ। त्यसैले प्रतिवाद गर्न कम्पनीबाट प्रतिरक्षाको लागि अधिकार प्राप्त व्यक्ति हुनुपर्ने देखिन्छ। अन्यथा कम्पनीको सही प्रतिनिधित्व हुन नसकी कम्पनीको अहित समेत हुने सम्भावना रहन्छ। तसर्थ, यस मध्यस्थतामा विपक्षलाई मध्यस्थ नियुक्ति र कारवाहीको क्रममा विपक्षीको स्वच्छ सुनुवाइको हक सुनिश्चित हुने गरी आधिकारिक रूपमा सूचना दिएको नदेखिदा मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ३४(२)(ख) तथा New York Convention को Article V.1.d बमोजिमको शर्त पूरा गरेको मान्न मिलेन।

३१ अतः माथि विवेचना भएबमोजिम कोरियामा रिट निवेदकको निवेदनका आधारमा भएको मध्यस्थको नियुक्ति र मध्यस्थको कार्यविधि पक्षहरूबीचमा सम्झौता वा निजहरूबाट तोकिएको कानून बमोजिम नभएको, पक्षहरूले गरेको सम्झौता बमोजिम विपक्षीलाई आपसी सहमतिबाट विवाद समाधान गर्न पाउने हकबाट बञ्चित गरिएको, स्वच्छ सुनुवाइको मान्य सिद्धान्त अनुसार मध्यस्थ नियुक्ति नभएको र कारवाहीको क्रममा विपक्षीलाई समयमा आधिकारिक सूचना नदिई प्रतिनिधित्वको अवसरविना निर्णय गरिएको देखिन आयो। उक्त अवस्थाबाट मध्यस्थता ऐन २०५५ को दफा ३४(२) को खण्ड (क) र (ख) तथा Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards को Article V.1.b तथा V.1.d मा

उल्लेखित विदेशमा भएको मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयनको लागि हुनुपर्ने आधारभूत शर्त पूरा भएको देखिएन। तसर्थ, निवेदकको माग बमोजिम सो मध्यस्थको निर्णय कार्यान्वयनका लागि जिल्ला अदालतमा लेखी पठाउन नमिल्ने ठहऱ्याई पुनरावेदन अदालत पाटनबाट मिति २०६६/१२/१७ मा भएको फैसला बदर गर्न उत्प्रेषणको आदेश र सो निर्णय कार्यान्वयन गर्न परमादेशको आदेश जारी गर्न मिल्ने देखिएन। प्रस्तुत रिट निवेदन खारेज हुने ठहर्छ। दायरीको लगत कट्टा गरी मिसिल नियमानुसार गरी बुझाइदिनू।

न्यायाधीश

उक्त रायमा सहमत छु।

न्यायाधीश

इजलास अधिकृतः- यदुराज शर्मा
कम्प्युटर अपरेटरः- सिजन रेग्मी

इति संवत् २०७४ साल पौष महिना ११ गते रोज १ शुभम् -------------------