सर्वोच्च अदालत, संयुक्त इजलास

सम्माननीय प्रधान न्यायाधीश श्री रामप्रसाद श्रेष्ठ

माननीय न्यायाधीश श्री प्रेम शर्मा

आदेश

२०६० सालको रिट नं.: २८०९

बिषय : उत्प्रेषण समेत ।

भारतीय कानूनद्वारा स्थापित १/ए वन्सीटार्ट रो कलकत्ता ७०००१ पश्चिम बंगालमा रजिष्टर्ड कार्यालय रहेको दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीको तर्फबाट अख्तियार प्राप्त व्यक्ति हजारिबाग झारखण्ड घर भई हाल ललितपुर जिल्ला ललितपुर उपमहानगरपालिका वडा नं. ३ बस्ने अरविन्द मजुमदार ------------------------------------ १	**निवेदक**
विरुद्ध	
१. काठमाडौं जिल्ला काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं. ५ टंगाल मार्ग घर नं. ८५ स्थित नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाईट प्रा.लि. ----------------- १ २. पुनरावेदन अदालत पाटन --- १	**विपक्षी**

तत्कालीन नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८ को उपधारा (२) अनुसार यस अदालतमा दायर हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनको सक्षिप्त तथ्य एवं ठहर यस प्रकार रहेको छ :

नेपालको दोलखा जिल्ला अन्तर्गत खरीढुंगा भन्ने ठाउँमा रहेको म्याग्नेसाईट खानी सञ्चालन र प्रवर्द्धन गरी बिक्रियोग्य म्याग्नेसाईटको उत्पादन गर्ने व्यापारिक प्रयोजनका लागि खानी क्षेत्रबाट १०.५ कि.मि. को दुरीमा अवस्थित DBM प्लान्टसम्म कच्चा म्याग्नेसाइट ढुवानी गर्नको लागि रज्जु मार्गको आवश्यकता रहेको थियो । रज्जु मार्गको निर्माण ठेक्का दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीलाई जनवरी १४, १९८३ को सम्झौता बमोजिम प्राप्त भएको थियो ।

रज्जुमार्गको निर्माण योजनाको कुल लागत मूल्य भा. रु. ५,३५,१४,०००।- (जगेडा पूर्जा समेतको आपूर्ति) भएतापनि सो मध्येबाट स्वीस फ्रयांक तथा जापानी ऐनमा भुक्तानी हुने गरी १,०८,७१,०००।- मूल्य बराबरका सामान नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइट प्रा.लि. आफैंले सोझै भुक्तानी गरी तेस्रो मुलुकबाट आयात गर्ने तथा बाँकी रकम भा. रु. ४,२६,४३,०००।- मात्रको सेवा तथा यन्त्र सामग्री दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीले आपूर्ति गर्नुपर्ने व्यवस्था ठेक्का सम्झौतामा रहेको थियो ।

स्वीकृत टेण्डरका शर्तहरु समय समयमा संशोधन गरिएका थिए । जनवरी १४, १९८३ का दिन औपचारिक रुपमा सम्झौता गर्नु एक दिन पूर्व जनवरी १३, १९८३ मा तेस्रो पटक संशोधन गरिएको थियो । तेस्रो संशोधन अनुरुप नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइटले दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीलाई भुक्तानी गर्नुपर्ने कुल मूल्य भा. रु. ४,२६,४८,०००।- मध्येबाट भा.रु. २,४९.९९ लाख बराबरको सामान तथा सेवा भारतबाट दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीले सोझै आयात गर्नुपर्ने र त्यसको भुक्तानी स्थगित उधार शोधन प्रणाली (Deferred Payment Credit) का आधारमा अमेरिकी डलरमा भुक्तानी हुने गरी व्यवस्था भएको थियो । उक्त रकममा वार्षिक १०.५ प्रतिशत व्याज लाग्ने व्यवस्थाका अतिरिक्त साँवा तथा व्याँज सहित सम्पूर्ण रकम कूल २० Instalment मा १० बर्षको अवधिभित्र चुक्ता गर्नु पर्ने व्यवस्था रहेको थियो । कुनै Instalment को भुक्तानीमा ढिलाई हुन गएमा त्यसमा थप २% ले दण्डित व्याज (Penal Interest) समेत तिर्नु पर्ने व्यवस्था थियो । स्थगित संशोधन उधारो रकम अन्तर्गतको US$ २५,८३,६४६.६० र त्यसमा लाग्ने व्याज समेतको भुक्तानीको लागि नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइट प्रा.लि.को अनुरोधमा श्री ५ को सरकारद्वारा प्रत्याभूति गर्ने भन्ने सहमती रहेको थियो । तदनुसार दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनी र श्री ५ को सरकार बीच सेप्टेम्बर १६, १९८३ मा जमानी सम्झौता भै सोही अनुरुप श्री ५ को सरकार, अर्थ मन्त्रालयले दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीको पक्षमा अक्टोवर १२, १९८३ मा एउटा जमानीपत्र समेत जारी भएको थियो ।

जमानी सम्झौता तथा जामानीपत्र केवल ती सामान र सेवाको लागि मात्र सीमित रहेको थियो, जुन सामान र सेवा दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीले भारतबाट आपूर्ति गर्नुपर्ने थियो । यो तथ्य नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइट प्रा.लि.द्वारा प्रेषित अगष्ट ११, १९८३ को पत्रबाट पुष्टी हुन्छ । सम्झौताको शर्त बमोजिम पहिलो ६ किस्ता तोकिएको समय अवधिभित्र भुक्तानी दिइएको भएपनि तत्पश्चात कोषको कमीको कारण दर्शाई भुक्तानी नदिइएको हुँदा जमानीकर्ताबाट त्यसको

भुक्तानी लिनुको अलावा दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीसँग अरु कुनै उपाय थिएन । तर श्री ५ को सरकारले पनि आफ्नो दायित्व पुरा गर्न नसकेको हुँदा भुक्तानी सम्बन्धी विवादको सिर्जना भयो । विवादको समाधान मैत्रीपूर्ण तरिकाबाट हुन नसकेबाट दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीले मध्यस्थको मार्ग अवलम्वन गरेको थियो ।

मध्यस्थले विवादको बिषयमा दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीको पक्षमा सेप्टेम्वर ३, १९९७ का दिन आफ्नो निर्णय सुनाएको थियो । उक्त मध्यस्थको निर्णयको विरुद्धमा प्रत्यर्थी म्याग्नेसाईटले प्रत्यर्थि पुनरावेदन अदालत पाटनमा निवेदन दर्ता गरेकोमा पुनरावेदन अदालत पाटनवाट मध्यस्थको निर्णय बदर गर्ने गरी निर्णय भयो । उक्त निर्णय सहितको सम्पूर्ण पाठको फैसलाको उतार तयार हुन समय लाग्ने भएकोले म निवेदकले फैसलाको यथार्थतासँग साक्षात्कार हुन राय कितावको ठहर खण्डको प्रतिलिपी माग गरेकोमा मलाई ठहर खण्डको प्रतिलिपि मिति २०५९।१।१९ मा च. नं. १८२१४ को पत्रबाट जानकारी गराइएको थियो । पुनरावेदन अदालत पाटनवाट भएको निर्णयले मेरो प्रतिदावी (Counter Claim) नपुग्ने गरी निर्णय गरेपछि सम्मानित सर्वोच्च अदालत समक्ष मैले तत्काल नै कानूनी उपचारको मार्ग अपनाउनु पर्ने बाध्यता भएकाले सर्वोच्च अदालतमा मध्यस्थ सम्बन्धी विवादमा रिट याचिका मार्फत उपचारको मार्ग अनुसरण गर्ने वा न्याय प्रशासन ऐन, २०४८ बमोजिम उपचारको मार्ग अनुसरण गर्ने भन्ने सम्बन्धमा सम्बत २०५१ सालको दे.पु.नं.२२८० रिट निवेदनमा पुनरावेदक नेपाल राष्ट्र बैङ्क विरुद्ध विजय कन्स्ट्रक्सन कम्पनी समेत भएको निवेदनमा सर्वोच्च अदालतबाट मिति २०५९।८।११ मा आदेश हुँदा मध्यस्थको निर्णयको विरुद्धमा परेको निवेदनमा पुनरावेदन अदालतबाट निर्णय भएपछि न्याय प्रशासन ऐन, २०४८ बमोजिम नियमित तथा साधारण अधिकार क्षेत्रको उपचार प्राप्त गर्न आउनु पर्ने भनी सिद्धान्त संस्थापित भई दायर भएको रिट निवेदनको बिषयवस्तु भित्र प्रवेश नै नगरी खारेज गर्ने गरी नजिरको रुपमा सिद्धान्त संस्थापित भएको र उक्त संस्थापित सिद्धान्त नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ९६ ले कानून सरह हुने र सो सिद्धान्तको अनुशरण अदालतमा न्याय माग्न आउने सबै पक्षले गर्नु पर्ने संवैधानिक कर्तव्य भएकोले तत्काल नै म निवेदकको नियमित तथा साधारण अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत सम्मानित अदालतमा मिति २०५९।२।२२ मा प्रवेश गरिसकेकोमा विवाद छैन । मेरो उक्त साधारण अधिकार क्षेत्र अन्तर्गतको मुद्दा विचाराधीन रही रहेको अवस्थामा निवेदक कृषि सामाग्री संस्थान विरुद्ध सुमित प्रकाश एशिया प्रा. लि. समेत भएको उत्प्रेषण समेतको आदेश जारी गरी पाउँ भन्ने रिट निवेदनमा सर्वोच्च अदालतबाट साधारण तथा

नियमित अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत तथा न्याय प्रशासन ऐन, २०४८ अन्तर्गतको कानूनी उपचार पुनरावेदन अदालतले मध्यस्थको निर्णयमा आकर्षित नहुने र वैकल्पिक उपचार क्षेत्रको अभावमा नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८ को उपधारा (२) बमोजिम असाधारण अधिकार क्षेत्रकै उपचार ग्रहण गर्नुपर्ने भन्ने सिद्धान्त संस्थापित हुन पुगेकोले निवेदक पुनः प्रस्तुत निवेदन गर्न आएको छु ।

म निवेदकले न्याय प्रशासन ऐन, २०४८ अन्तर्गतको अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत समयमा नै उपचार ग्रहण गर्न सम्मानित अदालत समक्ष प्रवेश गरी सकेको हुँदा यस निवेदनका सम्बन्धमा विलम्वको सिद्धान्त आकर्षित हुने अवस्था छैन । त्यसैगरी साधारण अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत सम्मानित अदालत समक्ष निवेदक प्रवेश गरेको कुरालाई प्राङ्न्यायको सिद्धान्त अन्तर्गत हेर्न मिल्ने अवस्था पनि छैन । अधिकार क्षेत्र नै नभएको स्थानमा गरेको प्रवेश अनाधिकार हुने र त्यस्तो कानूनी प्रवेश तथा कानूनी मार्गले अधिकार क्षेत्र सम्पन्नताको उपचार ग्रहण गर्नलाई प्राङ्न्यायको सिद्धान्तले नरोक्ने भएको र वैकल्पिक उपचार नभएको भन्ने यथार्थता वास्तविक रुपमा प्रमाणित भएकोले पनि प्रस्तुत रिट निवेदनपत्र ग्रहण भई निवेदकको माग बमोजिम आदेश जारी हुने निर्विवाद छ ।

प्रत्यर्थी पुनरावेदन अदालतले गरेको फैसलामा विभिन्न कानूनी त्रुटीहरु विद्यमान भई त्यसबाट निवेदकको नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११(१), धारा १७, मध्यस्थता ऐन, २०३८ को दफा ३ समेत द्वारा प्रदत्त हकमा वाधा, कुण्ठा उत्पन्न गरी हक अपहरित हुन पुगेकोले म निवेदकको प्रतिदावी नपुग्ने गरी भएको पुनरावेदन अदालत पाटनको फैसला संविधानको धारा ८८ को उपधारा (२) बमोजिम उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर गरी मध्यस्थ ट्रिबुनलले गरेको निर्णय यथावत् कायम गरी पाऊँ भन्ने समेत व्यहोराको दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीको तर्फबाट पर्न आएको निवेदन पत्र ।

यसमा के कसो भएको हो ? निवेदकको माग वमोजिमको आदेश किन जारी हुनु नपर्ने हो ? यो आदेश प्राप्त भएको मितिले १५ दिन भित्र महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय मार्फत लिखित जवाफ पठाउनु भनी विपक्षीहरुलाई सूचना पठाई लिखित जवाफ आएपछि वा अवधि नाघेपछि नियम वमोजिम पेश गर्नु भन्ने समेत व्यहोराको यस अदालतको मिति २०६०।४।२९ को आदेश ।

मध्यस्थ ट्रिबुनलबाट सेप्टेम्वर ३, १९९७ (तदनुसार भाद्र १८, २०५४) मा भएको निर्णय उपर यस अदालतमा नेपाल ओरिन्ड म्याग्नेसाईट प्रा.लि. समेतको निवेदन परी मध्यस्थबाट भएको

निर्णय सदर हुने गरी मिति २०५९।१।९ मा निर्णय भएको देखिन्छ । यसरी कानून वमोजिम निवेदन परी कानून वमोजिम निर्णय भएको अवस्थामा निवेदकको माग वमोजिम नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८ को उपधारा (२) वमोजिम उत्प्रेषणको आदेश जारी हुनु पर्ने होईन, रिट निवेदन खारेज गरी पाँऊ भन्ने समेत व्यहोराको पुनरावेदन अदालत पाटनका तर्फबाट पेश हुन आएको लिखित जवाफ ।

विपक्षी रिट निवेदकले पुनरावेदन अदालत पाटनको फैसला उपर साधारण अधिकार क्षेत्र अर्न्तगत मिति २०५९।२।२० मा सम्मानित अदालतमा प्रवेश गरिसकेको भन्ने कुरा उल्लेख गर्नु भएको छ । तर सो साधारण उपचार अन्तर्गत प्रवेश गरी दायर गरेको मुद्दाको परिणाम के भएको छ भन्ने सम्वन्धमा विपक्षीले रिट निवेदनमा कुनै कुरा उल्लेख गर्नु भएको छैन । यस स्थितिमा पूर्ण इजलासबाट साधारण अधिकार क्षेत्र आकर्षित नहुने, रिट क्षेत्रबाट न्याय निरुपण गर्न सकिने भनी सिद्धान्त प्रतिपादन भएको भन्ने आधारमा साधारण उपचारमा प्रवेश गरेको करिव १४ महिना पछि प्रस्तुत रिट निवेदन लिई उपस्थित भएको हुँदा अनुचित विलम्वको आधारमा पनि निवेदन खारेजभागी रहेको छ । साथै एउटै फैसला उपर साधारण र असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत प्रवेश गरेकोबाट पनि रिट निवेदन स्वीकार्य एवं ग्रहणयोग्य नभई खारेजभागी छ भन्ने समेत व्यहोराको नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइट प्रा.लि.को तर्फबाट पेश हुन आएको लिखित जवाफ ।

यसमा दुवै पक्षका कानून व्यवसायीले मेलमिलापको कार्य अगाडि बढाउन इजलास समक्ष इच्छा गरेको हुँदा सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०४९ को नियम ६५घ. वमोजिम सर्वोच्च अदालत मेलमिलाप केन्द्रमा पठाई दिनु भन्ने समेत व्यहोराको यस अदालतको मिति २०६५।४।२७ को आदेश ।

नियम बमोजिम निर्णयार्थ पेश हुन आएको प्रस्तुत विवादमा मुख्य रुपमा निवेदक कम्पनीलाई जनवरी १४, १९८३ को सम्झौता बमोजिम रोपवे निर्माणको ठेक्का प्राप्त भएको, सो कार्यवापत नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइट प्रा.लि.को अनुरोधमा नेपाल सरकारद्वारा भुक्तानीको प्रत्याभूतिका लागि जमानी सम्झौता सम्पन्न भै सो अनुसार जमानीपत्र समेत जारी भएको, तर संझौता वमोजिम कार्य सम्पन्न हुँदा समेत भुक्तानी नदिइएको र जमानीकर्ताबाट पनि आफ्नो दायित्व पुरा गर्न इन्कार गरेको हुँदा भुक्तानी सम्बन्धी विवाद उत्पन्न भै सो को समाधान मैत्रीपूर्ण तरिकाबाट हुन नसकेबाट निवेदक कम्पनीले मध्यस्थको मार्ग अवलम्वन गरेको, मध्यस्थबाट निवेदक कम्पनीको पक्षमा निर्णय भएतापनि सो निर्णयको विरुद्धमा विपक्षी म्याग्नेसाईटका तर्फबाट

पुनरावेदन अदालत पाटनमा निवेदन दर्ता गरिएकोमा पुनरावेदन अदालत पाटनबाट मध्यस्थको निर्णय बदर गर्ने गरी निर्णय भएको हुँदा विपक्षीहरुको काम कारवाही र निर्णयले निवेदकको नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११(१), धारा १७, मध्यस्थता ऐन, २०३८ को दफा ३ समेत द्वारा प्रदत्त हकमा वाधा उत्पन्न भएको हुँदा उक्त निर्णय उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर गरी प्रत्यर्थीहरुको नाममा उपयुक्त आज्ञा आदेश जारी गरी पाऊँ भन्ने निवेदन जिकीर रहेकोमा विपक्षीमध्येको नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइट प्रा.लि.का तर्फबाट पेश गरिएको लिखित जवाफमा पुनरावेदन अदालत पाटनको फैसला उपर साधारण अधिकार क्षेत्र अर्न्तगत मिति २०५९।२।२० मा नै यी रिट निवेदक सम्मानित अदालतमा प्रवेश गरिसकेको, यस अदालतको पूर्ण इजलासबाट साधारण अधिकार क्षेत्र आकर्षित नहुने, रिट क्षेत्रबाट न्याय निरुपण गर्न सकिने भनी सिद्धान्त प्रतिपादन भएको भन्ने आधारमा साधारण उपचारमा प्रवेश गरेको करिव १४ महिना पछि प्रस्तुत रिट निवेदन लिई उपस्थित भएको हुँदा अनुचित विलम्वको आधारमा पनि निवेदन खारेजभागी रहेको छ भनी प्रतिवाद गरिएको देखिन्छ ।

मिति २०६६।११।२६, २०६६।१२।१८, २०६६।१२।२५, २०६६।१२।३१, २०६७।१।८ र २०६७।२।५ मा भएको सुनुवाइका सिलसिलामा निवेदक तर्फबाट उपस्थित विद्वान वरिष्ठ अधिवक्ताहरु श्री महादेवप्रसाद यादव र श्री नारायण वल्लभ पन्त तथा अधिवक्ताहरु श्री ईश्वरीचन्द्र शर्मा र श्री शम्भु थापाले वहस गर्नु भएको थियो । वहाँहरुले आफ्नो वहसको समर्थनमा पेश गर्नु भएको वहसनोटमा देहायका विषयहरु उठाउनु भएको देखिन्छ :

- मध्यस्थ ट्रिबुनलको गठन नै UNCITRAL नियमको अधीनमा भएको र सो ट्रिबुनल गठनको वैधता र अधिकारक्षेत्रका बारेमा विपक्षीतर्फबाट कहिल्यै पनि विवाद नउठेको हुँदा UNCITRAL नियमले निश्चित गरेका अधिकार र कार्यविधिको प्रयोग गर्न पाउने कुरामा विवाद हुन सक्दैन । मध्यस्थता ऐन, २०३८ मा खासै कार्यविधिगत व्यवस्था नगरिएको परिप्रेक्ष्यमा UNCITRAL नियमको अधिनमा रही दुबै पक्षले दावी तथा प्रतिदावी समेत पेश गरिएको अवस्थामा मध्यस्थ ट्रिबुनलले अवलम्वन गरेको कार्यविधिलाई हाल आएर अन्यथा घोषित गर्न मिल्ने हुँदैन ।
- पुनरावेदन अदालत पाटनबाट UNCITRAL नियमको अधीनमा रही मध्यस्थ गठन गरिएको विषयमा कुनै प्रश्न उठाउन नसकेको अवस्थामा मध्यस्थले UNCITRAL नियम बमोजिम प्रतिदावी ग्रहण गरेको हदसम्मको निर्णय बदर गर्ने गरी गरेको पुनरावेदन अदालतको निर्णय

मध्यस्थता ऐन, २०३८ को दफा ३ को प्रतिकूल हुनुका साथै मध्यस्थ सम्बन्धी मान्य सिद्धान्तको समेत प्रतिकूल रहेको छ ।

- पक्षहरुको आपसी सहमतीमा संझौतामा उल्लेख गरेका शर्तहरुबाट उत्पन्न दायित्वबाट उन्मुक्ति दिन मिल्ने अवस्था नहुँदा पुनरावेदन अदालत पाटनले निवेदक पक्षको प्रतिदावीको सम्बन्धमा गरेको निर्णय सो हदसम्म बदरभागी रहेकोले बदर हुनु पर्दछ ।

त्यसैगरी विपक्षी नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइट प्रा.लि.को प्रतिनिधित्व गर्नु हुने विद्वान वरिष्ठ अधिवक्ताद्वय श्री यज्ञमूर्ती बञ्जाडे र श्री हरिहर दाहाल तथा अधिवक्ता श्री मेघराज पोखरेलले वहस जिकीर प्रस्तुत गर्नु भै सो को समर्थनमा पेश गर्नु भएको वहस नोटमा प्रमुख रुपमा देहायका विषयहरुमा जोड दिनु भएको छ :

- संझौताका पक्षहरुबीच उत्पन्न विवादको सम्बन्धमा नेपाल कानून लागू हुने भनी संझौतामा स्पष्ट उल्लेख भएको हुँदा UNCITRAL नियम वमोजिम प्रतिदावीका आधारमा गरेको मध्यस्थको निर्णय मध्यस्थता ऐन, २०३८ को प्रतिकूल रहेको छ ।
- परियोजना Turnkey हो भन्ने कुरा Acceptance of Tender, Scope of Work, जमानी संझौता र Operation and Maintenance संझौताले स्पष्ट गरेको छ ।
- रोपवे परियोजना सम्पन्न भएको भन्ने स्पष्ट आधार विना नै मध्यस्थले परियोजना समाप्त भैसकेको भनी निर्णय भएको देखिन्छ । संझौताको शर्त वमोजिम परियोजना सम्पन्न गरी हस्तान्तरण गरेको अवस्था पनि छैन । मध्यस्थले आधार बनाएको माइन्युट नै अवैधानिक रहेको छ ।
- मध्यस्थको निर्णय आंशिक रुपमा बदर गरेको र पुनः निर्णयका लागि मध्यस्थ समक्ष पठाउनु पर्नेमा नपठाएको पुनरावेदन अदालतको निर्णय मध्यस्थता ऐनको दफा २१(२) को प्रतिकूल रहेको हुँदा मध्यस्थ निर्णय तथा पुनरावेदन अदालतको निर्णयसमेत बदर हुनु पर्दछ ।

उपर्युक्त तथ्य रहेको प्रस्तुत विवादमा मुख्यतया देहायका दुई विषयमा विवेचना गरी निवेदन माग वमोजिमको आदेश जारी हुनु पर्ने हो वा होइन भन्ने निष्कर्षमा पुग्नु पर्ने अवस्था देखियो :

१. UNCITRAL Arbitration Rules को कानूनी हैसियत के छ ?

२. मध्यस्थ ट्रिबुनलले उक्त UNCITRAL Arbitration Rules अनुसारको प्रक्रिया अवलम्वन गरी प्रतिदावीका आधारमा निर्णय गर्न सक्ने अवस्था रहन्छ वा रहँदैन ?

निर्णयतर्फ विचार गर्दा प्रस्तुत निवेदनमा मुख्य रुपमा मध्यस्थ ट्रिबुनलको मिति २०५४।५।१८ को निर्णय उपर नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइटका तर्फबाट मध्यस्थता ऐन, २०३८ को दफा २१(२) वमोजिम पुनरावेदन अदालत पाटनमा परेको निवेदनमा सो अदालतबाट **मध्यस्थले प्रतिदावी स्वीकार गरी दावीकर्ताबाट प्रतिवादीलाई निर्णय खण्डको दफा २, ३ र ४ मा उल्लिखित रकमहरु भराईदिने ठहऱ्याएको वहुमत मध्यस्थको निर्णय सो हदसम्म बदर हुने** गरी भएको फैसला त्रुटिपूर्ण रहेको भन्ने जिकीर रहेको देखिन्छ । पुनरावेदन अदालतले प्रतिदावी सम्बन्धी प्रश्नमा मुख्य रुपमा मध्यस्थता ऐन, २०३८ मा प्रतिदावी लिन पाउने व्यवस्था नरहेको भन्ने आधार लिएको देखिन्छ । दावी र प्रतिदावी सम्बन्धी कुराहरु मध्यस्थ प्रक्रियाका आधारभूत विषय हुन् । दावीका आधारमा मध्यस्थ प्रक्रिया अघि बढ्छ, दावी पेश भएपछि प्रतिवादी पक्षले प्रतिवाद गर्न पाउने र निजले प्रतिदावीका रुपमा आफ्नो छुट्टै दावी समेत पेश गर्न सक्छ । त्यसरी प्रतिदावी पेश भएको अवस्थामा त्यसको खण्डन गर्नका लागि दावीकर्तालाई प्रत्युक्ति पेश गर्ने मौका समेत प्रदान गरिन्छ । यस सन्दर्भबाट हेर्दा प्रतिवादी पक्षले नै प्रतिदावी पेश गर्ने हुँदा प्रतिवादी पक्षको लागि प्रतिदावी पेश गर्न पाउने अधिकारलाई वादी पक्षले दावी पेश गर्न पाउने अधिकारकै समकक्षमा राख्नु पर्ने हुन्छ । यसरी मध्यस्थ समक्ष प्रतिदावी पेश गर्ने अधिकारलाई पनि दावी पेश गर्ने अधिकारकै समकक्षमा राख्नु पर्ने हुँदा दावी पेश गर्ने अधिकार सरह प्रचलित कानूनबाट नै यस्तो अधिकारको सिर्जना भएको हुनु पर्दछ ।

दावी, प्रतिवाद, प्रतिदावी र प्रत्युक्तिको यो चक्र पूरा भएपछि मध्यस्थ प्रक्रिया अर्को चरणमा प्रवेश गर्छ । तर त्यसरी दावी प्रतिदावी पेश गर्ने भन्ने कुरा सम्बन्धित कानूनले निर्दिष्ट गरेभन्दा फरक रुपमा अघि बढाउन र विद्यमान कानूनी व्यवस्था भन्दा बाहिर गएर विवादको समाधान गर्न सकिने भने हुँदैन । जहाँसम्म प्रतिदावीको सन्दर्भ छ, प्रतिदावी भनेको प्रतिवादी गर्ने पक्षका तर्फबाट पेश गरिएको दावी नै भएकाले यसलाई प्रतिवादको रुपमा लिन मिल्ने हुँदैन । दावीका आधारमा भर्ने भराउने वा दायित्व वहन गराउने कुरा समेत उठ्ने हुँदा त्यसरी दावी सरहको प्रतिदावी पेश गर्ने कुरालाई कानूनले निश्चित नगरेको हदसम्म ग्राह्यता दिन मिल्ने हुँदैन ।

मध्यस्थ प्रक्रियामा विवादका पक्षहरुमा कुन कानूनका आधारमा कुन कार्यविधि अवलम्वन गरी विवादको निप्टारा गर्ने भन्ने कुरा निश्चित गर्ने स्वतन्त्रता (Autonomy) रहेको हुन्छ । त्यस्तो स्वतन्त्रता विवादका पक्षलाई मात्र हुन्छ, मध्यस्थले आफैं निर्णय गरी पक्षको त्यो स्वतन्त्रता ग्रहण गर्न सक्ने हुँदैन । प्रस्तुत विवादका सन्दर्भमा यसलाई हेर्दा प्रस्तुत विवाद दुई पक्षका बीचको

संझौतामा आधारित रहेको हुँदा सो संझौतामा रहेका प्राबधानहरुको निर्णायक भूमिका रहनु स्वाभाविक हुन्छ । नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइट प्रा.लि. र दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनीका बीचमा जनवरी १४, १९८३ मा सम्पन्न रोपवे निर्माण सम्बन्धी संझौता र नेपाल सरकार र दामोदर रोपवेज एण्ड कन्स्ट्रक्सन कम्पनी बीच १६ सेप्टेम्वर, १९८३ मा सम्पन्न जमानी संझौता दुबैले नेपाल कानून लागू हुने भनी स्पष्ट रुपमा उल्लेख गरेको पाइन्छ । जहाँसम्म UNCITRAL Arbitration Rule को सन्दर्भ छ, सो Rule आफैंमा राज्यद्वारा निर्मित कानूनको समकक्षमा रही मान्यता पाउने होइन । त्यसैले यसलाई सारवान कानूनका रुपमा ग्रहण गरी राष्ट्रिय कानूनलाई नै प्रतिस्थापन गर्न सक्ने हैसियत प्राप्त भएको मान्न पनि सकिँदैन । संयुक्त राष्ट्र संघको साधारण सभाद्वारा स्वीकार गरिएको UNCITRAL Arbitration Rules ले मध्यस्थताको प्रक्रियामा मध्यस्थहरुले पालना गर्नु पर्ने कार्यविधिको व्यवस्था गरेको छ । यसमा गरिएका व्यवस्थाहरु सबै प्रकारका मध्यस्थताको प्रक्रियामा स्वतः लागू हुने नभई विवादका पक्षहरुबीच भएको संझौतामा नै मध्यस्थताको प्रक्रिया वा काम कारबाहीमा UNCITRAL Arbitration Rules लागू हुने व्यवस्था गरिएको अवस्थामा मात्र लागू हुन्छ। विवादका पक्षहरुबीच भएको करारका शर्तहरुको आधारमा मात्र यसको प्रयोग हुने हुँदा UNCITRAL Arbitration Rules मा गरिएका व्यवस्थाहरुको विश्वव्यापी प्रयोग हुँदैन र राष्ट्रिय कानून सरह मध्यस्थता सम्बन्धी सबै प्रक्रियामा यो नियम लागू हुने पनि होइन । यो नियम स्वभावतः संझौताको शर्तको अधिनस्थ हुन्छ । मध्यस्थ सम्बन्धी कार्यविधिगत कुरामा राष्ट्रिय कानून मौन रहेको अवस्थामा विवादका पक्षहरुको सहमतीमा त्यसलाई निर्विवाद रुपमा अवलम्वन गर्न सकिने हुन्छ। तर सारभूत कुरामा राष्ट्रिय कानूनले परिकल्पना नै नगरेको विषयमा त्यसलाई ग्रहण गर्ने हो भने त्यसले न्यायिक अराजकताको सिर्जना हुन जान्छ। मध्यस्थ प्रक्रिया पनि आफैंमा एउटा न्यायिक प्रक्रिया भएकाले विवादसँग सम्बन्धित विषयमा विद्यमान रहेको विशेष कानूनी व्यवस्थालाई निस्तेज तुल्याउने हैसियत UNCITRAL Arbitration Rules मा नहुने हुँदा यस्तो परिणाम निस्कने गरी उक्त Rules को प्रयोग गर्ने कार्य मध्यस्थले गर्नु हुँदैन ।

अब, **मध्यस्थ ट्रिबुनलले उक्त UNCITRAL Arbitration Rules अनुसारको प्रक्रिया अवलम्वन गरी प्रतिदावीका आधारमा निर्णय गर्न सक्ने अवस्था रहन्छ वा रहँदैन** भन्ने दोस्रो विषयमा प्रवेश गरौं । यस सम्बन्धमा UNCITRAL Arbitration Rules को प्रयोगका आधार, यसको कानूनी मान्यता र राष्ट्रिय कानूनको सन्दर्भमा उक्त Rules मा गरिएका व्यवस्थाहरुको मान्यताका

सम्बन्धमा अघिल्ला प्रकरणहरुमा गरिएको विवेचनालाई पनि आधार बनाइनु पर्दछ । उपर्युक्त प्रकरणहरुमा गरिएको विवेचनाको सन्दर्भमा हेर्दा यी नियमहरु (Rules) लाई विश्वव्यापी मान्यता प्राप्त नियमका रुपमा ग्रहण गर्न नसकिने, यी नियमहरुले राष्ट्रिय कानूनमा गरिएको व्यवस्थाको प्रतिस्थापन गर्न नसक्ने र राष्ट्रिय कानूनले नसमेटेका सारभूत प्राबधानहरुको खाली ठाउँ पूर्ति गर्ने हैसियत वा मान्यता ग्रहण गर्न पनि नसक्ने देखिन्छ ।

प्रस्तुत विवादमा मध्यस्थ ट्रिबुनलले अवलम्वन गर्नु पर्ने भनी पक्षहरुले चयन गरेको मुख्य कानून भनेको तत्कालीन मध्यस्थता ऐन, २०३८ नै हो । उक्त ऐनले प्रतिदावीका सम्बन्धमा कुनै व्यवस्था गरेको देखिँदैन । ऐनको दफा ११ मा दावी र प्रतिवाद पेश गर्ने सम्बन्धमा मात्र उल्लेख गरिएको छ । प्रतिदावी पेश गर्ने विषयलाई कार्यविधिगत वा प्रक्रियागत विषयका रुपमा मात्र हेर्न पनि सकिँदैन । प्रतिदावी भनेको प्रतिवाद गर्ने पक्षले पेश गर्ने दावी नै भएकाले त्यस्तो दावीका आधारमा मध्यस्थले निर्णय गर्ने हुँदा प्रतिदावी पेश गर्ने विषय कार्यविधिगत विषय हुन सक्दैन । मध्यस्थता ऐन, २०३८ मा प्रतिदावी पेश गर्ने व्यवस्था नभएको हुँदा प्रतिदावीको रकम भराउने क्षेत्राधिकार मध्यस्थलाई नहुने भनी यसै अदालतबाट नेपाल राष्ट्र बैंक विरुद्ध विजय कन्स्ट्रक्सन प्रा.लि. (ने.का.प.२०५२, अंक ११, पृष्ठ ९८१) मा सिद्धान्त समेत प्रतिपादन भएको देखिन्छ । उक्त मुद्दाका दुबै पक्ष नेपालको कानून अनुसार नेपाल भित्र स्थापना भएका संगठित संस्था भएको र उक्त मुद्दाका पक्षहरुबीच भएको करारमा विवादको समाधान गर्दा मध्यस्थले UNCITRAL Arbitration Rules को कार्यविधि अपनाउने वा मध्यस्थताको प्रक्रियामा उक्त Rules लागू हुने व्यवस्था रहेको देखिँदैन । तर प्रस्तुत विवादका पक्षहरु दुई फरक देशको कानून अनुसार स्थापना भएका संगठित संस्था वा निकाय भएका र यी विवादका पक्षहरुबीच भएको करारमा पक्षहरुबीच उत्पन्न विवादको विषयमा मध्यस्थता निर्णय गर्दा UNCITRAL Arbitration Rules को प्रक्रिया अपनाउने गरी व्यवस्था रहेको हुँदा उक्त मुद्दामा प्रतिपादन भएको सिद्धान्त प्रस्तुत विवादमा आकर्षित हुँदैन भन्ने प्रश्न पनि उठ्न सक्दछ । यस सम्बन्धमा विचार गर्दा प्रस्तुत विवादमा रिट निवेदकले पेश गरेको प्रतिदावीलाई स्वीकार गरी मध्यस्थले प्रतिदावीको रकम भराउने सम्बन्धमा अवलम्वन गरेको वा लागू हुन सक्ने उक्त UNCITRAL Arbitration Rules को दफा १९(३) मा गरिएको व्यवस्थाको आसय के हो र यो व्यवस्था कस्तो अवस्थामा लागू हुन्छ भन्ने कुरा तर्फ पनि विचार गर्नु पर्दछ । उक्त दफा १९(३) मा गरिएको व्यवस्था यस्तो छ :

In his statement of defence, or at a later stage in the arbitral proceedings if the arbitral tribunal decides that the delay was justified under the circumstances,

the respondent may make a counter-claim arising out of the same contract or rely on a claim arising out of the same contract for the purpose of a set-off.

उक्त दफा १९(३) को अन्तमा प्रयोग भएको **"for the purpose of a set off"** भन्ने बाक्यांश प्रस्तुत विवादमा महत्वपूर्ण छ । राष्ट्रिय कानूनमा प्रतिदावी सम्बन्धी व्यवस्था गरेको अवस्थामा प्रतिवाद गर्ने पक्षले प्रतिदावीलाई छुट्टै तथा स्वतन्त्र अधिकारको रुपमा प्रयोग गर्न सक्दछ र यस्तो प्रतिदावीको प्रयोजन पनि असीमित हुन्छ । यस्तो अवस्थामा दावीकर्ताले पेश गरेको दावी र दावीको प्रतिवाद गर्ने पक्षले पेश गरेको प्रतिदावीलाई समान स्तर वा समकक्षमा राख्न सकिन्छ । हाल प्रचलित मध्यस्थता ऐन, २०५५ को दफा १४ को उपदफा (२) मा गरिएको व्यवस्थाले पनि यही सिद्धान्तलाई स्वीकार गरेको छ । तर यसरी राष्ट्रिय कानूनमा प्रतिदावी सम्बन्धी व्यवस्था नभएको अवस्थामा पक्षहरुबीच भएको करारमा मध्यस्थहरुले UNCITRAL Arbitration Rules को दफा १९(३) अनुसारको सीमित प्रयोजनको लागि प्रतिदावी लिन सक्ने अवस्था हुन सक्दछ । कस्तो प्रयोजनको लागि मध्यस्थले प्रतिदावी स्वीकार गर्न सक्दछन् भन्ने कुरा पनि उक्त Rules को दफा १९(३) को **अन्तिम बाक्यांश**ले स्पष्ट पार्दछ । उक्त व्यवस्था अनुसार मध्यस्थले केवल हिसाव वा दावी मिलान गर्ने (set off) प्रयोजनको लागि मात्र प्रतिदावी स्वीकार गर्न सक्दछ । दावी वा हिसावको मिलान (set off) गर्ने सीमित प्रयोजनका लागि प्रतिदावी स्वीकार गर्दा दुई वटा पूर्व शर्त स्थापित हुनु पर्दछ । पहिलो शर्त, दावी वा हिसाव मिलान गर्नु पर्ने भनिएको रकमको भुक्तानीको दावी यस्तो निर्विवाद रुपमा यकिन भएको हुनु पर्दछ र यस्तो रकमको बारेमा स्वतन्त्र प्रमाणको मूल्यांकन गरी निर्णय गर्नु पर्ने अवस्थाको विद्यमानता हुनु हुँदैन । हिसाव मिलान गरी पाऊँ वा दावी मिलान गरी पाऊँ भनिएको रकमको विषयमा नै विवाद भई यस्तो रकमको यकिन गर्न सवुद प्रमाणको मूल्यांकन गर्नु पर्ने अवस्थामा मध्यस्थले उक्त दफा १९(३) को आधारमा प्रतिदावी लिई स्वतन्त्र निर्णय गर्ने अधिकार प्रयोग गर्न सक्दैन । दोस्रो शर्त, यसरी दावी वा हिसाव मिलान गरिदिने (set off) निर्णय गर्दा यसलाई स्वतन्त्र वा छुट्टै र कार्यान्वयन हुने निर्णय (award) को रुपमा नभई मूल दावीकर्ता पक्षले मध्यस्थको निर्णय अुनसार भरी भराउ गरी लिन पाउने रकमबाट कट्टा गराई लिन पाउने प्रकृतिको आदेशसम्म दिन पाउने अधिकार मध्यस्थमा निहित रहेको हुन्छ ।

प्रस्तुत विवादमा मूल दावीकर्ता नेपाल ओरिण्ड म्याग्नेसाइट प्रा.लि. को दावी हदम्यादको आधारमा खारेज भई मूल दावीकर्ताले यी रिट निवेदकबाट कुनै पनि रकम भराई लिन नपाउने भए पछि मूल दावीकर्ता र उक्त दावीमा प्रतिवाद गर्ने यी रिट निवेदकले मूल दावीकर्ताले पाउने दावीको रकमबाट कट्टा गराई लिन पाउने कुनै रकम नै हुँदैन । यस्तो अवस्थामा मध्यस्थहरुले

प्रतिदावीको रुपमा कुनै रकम भराई दिने गरी निर्णय गर्ने क्षेत्राधिकार नै प्राप्त गर्दैनन् । यस्तो अधिकार प्राप्त गर्नका लागि सर्वप्रथम राष्ट्रिय कानूनमा नै यस्तो व्यवस्था हुनु पर्दछ । त्यसैले विद्यमान कानूनले परिकल्पना नै नगरेको विषयमा UNCITRAL Arbitration Rules लाई आधार बनाएर बहुमत मध्यस्थले प्रतिदावीका आधारमा वादी पक्षलाई दायित्व वहन गराउने गरी गरेको निर्णयलाई कानून अनुरुपको मान्न सकिएन ।

अब, प्रस्तुत रिट निवेदन माग वमोजिमको आदेश जारी हुनु पर्ने हो वा होइन भन्ने सम्बन्धमा हेर्दा प्रस्तुत निवेदनमा पुनरावेदन अदालत पाटनको मिति २०५९।१।९ को आदेश बदर गरी मध्यस्थ ट्रिबुनलको निर्णय यथावत् कायम गरी पाऊँ भनी माग गरिएको देखिन्छ । यही विवादको विषयमा मध्यस्थ ट्रिबुनलबाट मिति २०५४।५।१८ मा भएको निर्णय र सो उपर पुनरावेदन अदालत पाटनबाट मिति २०५९।१।९ मा भएको निर्णय बदरको माग गरी परेको यसै लगाउको **सम्बत् २०५९ सालको रिट नं. २९८२** को रिट निवेदनमा आज यसै इजलासबाट मध्यस्थ ट्रिबुनल र पुनरावेदन अदालत पाटनको उक्त निर्णय बदर हुने ठहरी आदेश भएको सन्दर्भमा माग वमोजिमको आदेश जारी गर्न मिलेन, प्रस्तुत निवेदन खारेज हुने ठहर्छ । प्रस्तुत मुद्दाको दायरीको लगत कट्टा गरी मिसिल नियमानुसार गरी बुझाईदिनु ।

न्यायाधीश

उक्त रायमा म सहमत छु ।

प्रधान न्यायाधीश

इतिसम्वत् २०६७ साल असार २३ गते रोज ४ शुभम् .... ।

इजलास अधिकृत : उमेश कोइराला