Fimmtudaginn 9. október 1997.

Nr. 404/1997. **Esther Laxdal og**
Haukur Laxdal
(Ásmundur S. Jóhannsson hdl.)
gegn
Sveinberg Laxdal
(Þorsteinn Hjaltason hdl.)

Kærumál. Frávísunarúrskurður felldur úr gildi. Ómerking. Útivist. Aðfinnslur.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Markús Sigurbjörnsson, Arnljótur Björnsson og Gunnlaugur Claessen.

Sóknaraðilar skutu málinu til Hæstaréttar með kæru 29. september 1997, sem barst réttinum ásamt kærumálsgögnum 3. október sl. Kærður er úrskurður Héraðsdóms Norðurlands eystra 15. september 1997, þar sem vísað var frá dómi gagnsök sóknaraðila í máli varnaraðila á hendur þeim. Kæruheimild er í j-lið 1. mgr. 143. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Sóknaraðilar krefjast þess, að „hinum kærða úrskurði verði hrundið og gagnsök haldi gildi sínu“, svo og, að varnaraðila verði gert að greiða þeim kærumálskostnað.

Varnaraðili krefst staðfestingar hins kærða úrskurðar og kærumálskostnaðar.

Samkvæmt endurriti úr þingbók héraðsdóms var málið tekið fyrir á dómþingi 12. september 1997 til munnlegs flutnings um kröfu, sem varnaraðili hafði gert um frávísun gagnsakar sóknaraðila. Segir í endurritinu, að þinghaldið hafi sótt lögmaður varnaraðila, en lögmaður sóknaraðila hafi hvorki sótt þing né boðað lögmæt forföll. Er síðan greint frá því, að lögmaður varnaraðila hafi reifað frávísunarkröfu sína, fært fyrir henni rök og lagt málið í úrskurð. Í lok bókunar frá þinghaldinu er getið ákvörðunar héraðsdómara um, hvenær úrskurður verði kveðinn upp um kröfu varnaraðila og að lögmanni sóknaraðila verði tilkynnt um uppkvaðningu úrskurðarins með símskeyti. Gekk síðan hinn kærði úrskurður 15. sama mánaðar.

Af framansögðu er ljóst, að útivist varð af hálfu sóknaraðila, þeg-

ar málið var tekið fyrir til munnlegs flutnings um kröfu varnaraðila um frávísun gagnsakar þeirra. Að því gefnu, að boðun til þinghaldsins hafi verið lögmæt, bar héraðsdómara af þessari ástæðu að fella gagnsökina niður þá þegar, sbr. b-lið 1. mgr. 105. gr. laga nr. 91/1991, og fara að öðru leyti með aðalsök málsins, eftir því sem segir í 3. mgr. 96. gr. sömu laga, en ekki að láta málflutning fara fram og kveða upp hinn kærða úrskurð. Samkvæmt þessu verður sjálfkrafa að fella úr gildi úrskurð héraðsdómara og ómerkja meðferð málsins frá og með munnlegum málflutningi í þinghaldi 12. september 1997.

Rétt þykir, að hvor aðili beri sinn kostnað af kæru málsins.

Það athugast, að vítaverður dráttur hefur orðið á rekstri þessa máls fyrir héraðsdómi, en það var þingfest 16. mars 1995.

Dómsorð:

Hinn kærði úrskurður er felldur úr gildi og meðferð málsins ómerkt frá og með munnlegum málflutningi í þinghaldi 12. september 1997.

Kærumálskostnaður fellur niður.

Úrskurður Héraðsdóms Norðurlands eystra 15. september 1997.

Mál þetta, sem tekið var til úrskurðar 12. september sl., hafa Haukur Laxdal og Esther Laxdal höfðað sem gagnsök í máli nr. E-110/1995 með stefnu, út gefinni 24. apríl 1996, á hendur Sveinberg Laxdal, stefnanda í aðalsök.

Í greinargerð sinni gerði gagnstefndi aðallega þá kröfu, að gagnstefnu yrði vísað frá dómi, en til vara, að hann yrði sýknaður af kröfum gagnstefnenda. Var málið flutt um frávísunarkröfu gagnstefnda 12. september sl. og tekið til úrskurðar í framhaldi flutningsins.

Frávísunarkröfu sinni til stuðnings vísar gagnstefndi til þess, að gagnsök var ekki höfðuð innan tímamarka 2. mgr. 28. gr. laga nr. 91/1991. Þá vísar gagnstefndi einnig til þess, að efnisskilyrðum fyrrgreindrar lagagreinar sé ekki fullnægt.

Gagnstefna var gefin út 24. apríl 1996, en stefna í aðalsök var þingfest 16. mars 1995. Í 2. mgr. 28. gr. laga nr. 91/1991 segir, að gagnsök verði að höfða innan mánaðar frá þingfestingu aðalsakar. Í 3. mgr. sömu greinar segir, að gagnkröfu megi hafa uppi eftir þann tíma, er í 2. mgr. greinir, ef það verður ekki metið varnaraðila til vanrækslu að hafa ekki sett fram gagnkröfu sína

fyrr. Er ljóst, að gagnstefnendur reisa heimild sína til gagnsakar á þessari undantekningu.

Í lögum frá 1936 um meðferð einkamála var ekki tiltekinn frestur til að setja fram gagnkröfu, en með lögum nr. 91/1991, er leystu lögin frá 1936 af hólmi, varð á stefnubreyting að þessu leyti. Markmið þessarar breytingar var að koma í veg fyrir þau vandamál, sem upp kunna að koma vegna síðbúinnar gagnkröfu. Aðstæður geta þó verið með þeim hætti, að gagnkröfu verði ekki komið að innan tímamarka 2. mgr. 28. gr. laga nr. 91/1991, t. d., ef krafa stofnast ekki fyrr en eftir tímamörkin, og er því fyrrgreind undantekning í 3. mgr. sömu greinar. Af ofansögðu er ljóst, að rúm notkun á nefndri undantekningarheimild er í andstöðu við fyrrgreinda stefnubreytingu löggjafans, og verður því að beita henni með varkárni.

Þegar litið er til aldurs þeirra krafna, sem vísað er til í gagnsök, sem og, að hluti þeirra hafði áður verið lagður fram til varna í aðalsök, er ljóst, að gagnstefnendum mátti vera kunnugt um gagnkröfur sínar á fyrri stigum málsins. Það er álit dómsins, að skilyrði 3. mgr. 28. gr. laga nr. 91/1991, sem skýra verður þröngt samkvæmt hefðbundnum lögskýringarviðhorfum, og því, sem áður er sagt, sé ekki fullnægt.

Með vísan til ofangreinds er gagnsök í málinu vísað frá dómi. Með þessari niðurstöðu bíður ákvörðun málskostnaðar efnisdóms í málinu.

Úrskurðarorð:

Gagnsök er vísað frá dómi.