Miðvikudaginn 25. mars 1998.

Nr. 137/1998. **Esther Laxdal og**
Haukur Laxdal
(Ásmundur S. Jóhannsson hdl.)
gegn
Sveinberg Laxdal
(Þorsteinn Hjaltason hdl.)

Kærumál. Frávísunarúrskurður felldur úr gildi. Ómerking. Aðfinnslur.

Dómur Hæstaréttar.

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

Sóknaraðilar skutu málinu til Hæstaréttar með kæru 18. mars 1998, sem barst réttinum ásamt kærumálsgögnum 24. sama mánaðar. Kærður er úrskurður Héraðsdóms Norðurlands eystra 4. mars 1998, 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 hinn kærði úrskurður verði felldur úr gildi og varnaraðila gert að greiða sér kærumálskostnað.

Varnaraðili krefst þess, að úrskurður héraðsdómara verði staðfestur og sóknaraðilar dæmdir til að greiða kærumálskostnað.

I.

Með dómi Hæstaréttar 9. október 1997 var felldur úr gildi fyrri úrskurður héraðsdómara um frávísun sömu gagnsakar sóknaraðila og um ræðir í þessu máli. Í forsendum dómsins var rakið, að málið hefði verið tekið fyrir á dómþingi 12. september 1997 til munnlegs flutnings um kröfu, sem varnaraðili hafði gert um frávísun gagnsakarinnar. Hafi þá ekki verið sótt þing af hálfu sóknaraðila. Héraðsdómari hafi látið lögmann varnaraðila flytja málið um frávísunarkröfu sína, sem hafi svo verið tekin til úrskurðar. Í kjölfarið hafi gengið úrskurður 15. september 1997 um frávísun gagnsakarinnar. Í dómi Hæstaréttar var vísað til þess, að útivist hefði orðið af hálfu sóknaraðila við fyrirtöku málsins 12. september 1997. Hafi því héraðsdómari ekki átt að láta fara fram málflutning um frávísun

gagnsakarinnar, heldur hafi borið að fella hana niður þegar í stað vegna ákvæðis b-liðar 1. mgr. 105. gr. laga nr. 91/1991 og fara með aðalsökina sem útivistarmál eftir því, sem segi í 3. mgr. 96. gr. sömu laga. Var úrskurður héraðsdómara um frávísun gagnsakarinnar því felldur úr gildi og meðferð málsins ómerkt frá og með munnlegum málflutningi í þinghaldi 12. september 1997.

II.

Í málinu liggur fyrir svohljóðandi ódagsett bréf lögmanns sóknaraðila til Héraðsdóms Norðurlands eystra, sem er áritað um móttöku þar 5. nóvember 1997:

„Ég undirritaður lögmaður leyfi mér að gera grein fyrir ástæðum þeim, að því er mig varðar aðfinnslur í dómi Hæstaréttar, mál nr. 404, 1997: Esther Laxdal og Haukur Laxdal gegn Sveinberg Laxdal, og skýringu á útivist minni 12. september 1997. Ég bað ekki um endurupptöku málsins, þar sem ég þóttist þess fullviss, að sökin væri ekki tæk til efnislegrar meðferðar, sem reyndist vera.

Ég var sviptur málflutningsréttindum með bréfi dómsmálaráðuneytisins 6. febrúar 1997. Ekki lét ég reyna á gildi sviptingarinnar, heldur fékk ábyrgðartryggingu, og réttindalaus var ég í 14 vikur. Réttarhlé var eftir það tímabil í 9 vikur.

Ég sendi eftirtalin gögn: bréf til dómsmálaráðuneytisins, dags. 6. febrúar og 29. maí 1997, læknisvottorð, dags. 25. júlí og 21. október 1997."

Héraðsdómari tók málið fyrir 23. janúar 1998. Var þá eingöngu fært til bókar, að lögmenn aðila hefðu boðað forföll, og myndi dómarinn boða til fyrirtöku í málinu í samráði við þá. Málið var síðan aftur tekið fyrir 23. febrúar 1998, þar sem sótt var þing af hálfu allra aðila. Var þá lagt fram fyrrgreint bréf lögmanns sóknaraðila svo og læknisvottorð 21. október 1997, þar sem vottað var, að lögmaðurinn hefði verið „frá vinnu 9. 9. til 16. 9. '97 vegna veikinda". Í endurriti frá þinghaldinu er greint frá framlagningu þessara gagna svo og bréflegrar leiðréttingar á kröfugerð varnaraðila, en að öðru leyti er þar aðeins að finna bókun héraðsdómara um munnlegan málflutning um kröfu varnaraðila um frávísun gagnsakar og atriði tengd þeim málflutningi. Gekk síðan hinn kærði úrskurður, sem áður seg-

ir, 4. mars 1998. Er gagnsök sóknaraðila þar vísað frá dómi öðru sinni.

III.

Í forsendum fyrrnefnds dóms Hæstaréttar var gagngert vísað til þeirra mistaka, sem urðu við meðferð málsins í héraði varðandi kröfu um frávísun gagnsakar sóknaraðila. Var sérstaklega bent á, að héraðsdómari hefði með réttu átt að fella niður gagnsökina vegna útivistar sóknaraðila í þinghaldi 12. september 1997 og fara með aðalsökina sem útivistarmál. Var úrskurður héraðsdóms 15. september 1997 um frávísun gagnsakarinnar því felldur úr gildi og meðferð málsins frá þeim tíma, sem hún beindist inn á ranga braut í þinghaldi 12. sama mánaðar. Þvert ofan í þessar forsendur dómsins og niðurstöðu hans hefur héraðsdómari nú tekið málið að nýju til munnlegs málflutnings um kröfu varnaraðila um frávísun gagnsakar. Bréf lögmanns sóknaraðila til héraðsdóms, sem er tekið orðrétt upp hér að framan, fól ekki í sér beiðni um endurupptöku málsins, svo sem hugsanlega hefði mátt leita samkvæmt 1. mgr. og 4. mgr. 97. gr. laga nr. 91/1991, heldur, að virðist, hugleiðingar lögmannsins um atriði, sem hann meðal annars tengir við útivist frá þinghaldinu 12. september 1997. Í endurriti frá þinghaldi 23. febrúar 1998 er hvergi minnst á ósk sóknaraðila um endurupptöku málsins vegna lögmætra forfalla lögmannsins 12. september 1997, viðhorf varnaraðila til slíkrar óskar eða afstöðu dómara til hennar. Voru því engin skilyrði að lögum til að fara með málið öðruvísi en skýrlega hafði verið lagt fyrir héraðsdómara með dómi Hæstaréttar 9. október 1997. Samkvæmt því verður hinn kærði úrskurður sjálfkrafa felldur úr gildi svo og öll meðferð málsins í héraði, frá því að hún var ómerkt fyrra sinni með nefndum dómi.

Kærumálskostnaður verður ekki dæmdur.

Það athugast, að meðferð málsins fyrir héraðsdómi eftir 9. október 1997 er vítaverð.

Dómsorð:

Hinn kærði úrskurður er felldur úr gildi, og er meðferð málsins fyrir héraðsdómi eftir 9. október 1997 ómerkt.

Kærumálskostnaður fellur niður.

Úrskurður Héraðsdóms Norðurlands eystra 4. mars 1998.

Mál þetta, sem tekið var til úrskurðar 23. f. m., hafa Haukur Laxdal og Esther Laxdal höfðað sem gagnsök í máli nr. E-110/1995 með stefnu, út gefinni 19. apríl 1996 og þingfestri 24. s. m., 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 23. f. m. 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 19. 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. greini, ef það verði ekki metið varnaraðila til vanrækslu að hafa ekki sett fram gagnkröfu sína fyrr. 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 stefnubreyting á 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.

Gagnstefnendur halda því fram, að samkomulag hafi verið um að gera upp málskostnað, er öllum Tungu- og Túnsbergsmálum væri lokið. Þessu mótmælir gagnstefndi.

Þegar litið er til aldurs þeirra krafna, sem byggt er á 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.

Úrskurð þennan kvað upp Ásgeir Pétur Ásgeirsson héraðsdómari. Uppkvaðning hans hefur tafist vegna inflúensusjúkleika dómarans.

Úrskurðarorð:

Gagnsök er vísað frá dómi.