

Mánudaginn 18. janúar 1993.

Nr. 21/1993. **Kristján Wendel**

gegn

Gunnari Rósinkranz og Bjarna Sveinssyni
persónulega og f. h. Gerpis sf.

Kærumál. Dómari. Vanhæfi.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Hrafn Bragason, Hjörtur Torfason og Pétur Kr. Hafstein.

Sóknaraðili skaut máli þessu til Hæstaréttar með kæru 21. desember 1992, sem barst réttinum 11. janúar 1993. Hann krefst þess „í þessum þætti málsins að dómsformaðurinn víki sæti í málinu“ og sér verði dæmdur kærumálskostnaður.

Varnaraðilar krefjast þess, að hinn kærði úrskurður verði staðfestur og sér dæmdur kærumálskostnaður.

Mál þetta hafði verið dómtekið, þegar ljóst varð, að formann dómsins, Sigurð Tómas Magnússon, sem jafnframt er fulltrúi dómstjórans í Reykjavík, Friðgeirs Björnssonar, brast að lögum sérstakt hæfi dómara í málinu vegna skyldleika dómstjóra við einn yfirmatsmanna í því, sbr. d- og f-lið 5. gr. og 3. mgr. 6. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Eins og rakið er í hinum kærða úrskurði, fór Sigurður Tómas Magnússon fyrst með málið sem settur borgardómari og í framhaldi af þeirri setningu sem fulltrúi þáverandi yfirborgardómara í Reykjavík, Friðgeirs Björnssonar. Eftir að hafa horfið til annarra starfa um skeið, tók hann aftur við málinu á liðnu hausti sem fulltrúi dómstjóra. Í gögnum málsins kemur fram, að Sigurður Tómas Magnússon dómkvaddi hinn umrædda yfirmatsmann 15. október 1991, er hann hafði málið til meðferðar hið fyrra sinni sem fulltrúi yfirborgardómara, og tók af honum skýrslu fyrir dómi 16. nóvember 1992, eftir að hann hafði tekið við málinu að nýju.

Við þessar aðstæður verður eigi talið, að skipun Sigurðar Tómasar Magnússonar til að fara með málið samkvæmt sérstakri umboðsskrá eftir 2. mgr. 7. gr. laga nr. 92/1989 um aðskilnað dómsvalds og umboðsvalds í héraði geti leitt til þess, að hæfi hans verði eftir það ekki dregið í efa. Í því efni breytir engu, að hann

hefur nú endurupptekið málið. Ber því að fallast á þá kröfu, að formaður dómsins víki sæti. Eftir atvikum þykir nægilegt, að nýr dómari taki við málinu í því horfi, sem það er nú.

Rétt þykir, að kærumálskostnaður falli niður.

D ó m s o r ð:

Dómsformaður, Sigurður Tómas Magnússon, víkur sæti í máli þessu.

Kærumálskostnaður fellur niður.

Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 21. desember 1992.

I.

Mál þetta var tekið til úrskurðar 16. desember sl.

Aðalstefnandi er Gerpír sf., kt. 650578-0159, Hafnarstræti 20, Reykjavík.

Aðalstefndi og gagnstefnandi er Kristján Wendel, kt. 220130-4609, Hringbraut 34, Reykjavík, í úrskurðinum ávallt nefndur gagnstefnandi.

Gagnstefndu eru auk aðalstefnanda eigendur sameignarfélagsins Gerpis, þeir Gunnar Rósinkranz, kt. 210641-4249, Pósthússtræti 13, Reykjavík, og Bjarni Sveinsson, kt. 130632-3359, Deildarási 24, Reykjavík.

Kröfur gagnstefnanda í þessum þætti málsins eru þær, að dómsformaður víki sæti í málinu og að gagnstefnanda verði úrskurðaður málskostnaður sérstaklega í þessum þætti málsins.

Kröfur aðalstefnanda eru þær, að kröfum gagnstefnanda verði að öllu leyti hafnað og sér verði úrskurðaður málskostnaður sérstaklega í þessum þætti málsins.

Í máli þessu er deilt um efndir á samningi, sem aðilar gerðu með sér 1. desember 1987, en þá keypti gagnstefnandi af aðalstefnanda íbúð í húsinu nr. 23 við Grundarstíg í Reykjavík, en hana skyldi afhenda tilbúna undir tréverk í nóvember 1988.

Í aðalsökinni, sem höfðuð er fyrir bæjarþingi Reykjavíkur með stefnu, birtri 18. janúar 1990, krefur aðalstefnandi aðalstefnda um greiðslu á 1.783.324 krónum auk vaxta vegna eftirstöðva kaupverðs íbúðarinnar og um útgáfu á skuldabréfi, að fjárhæð 1.027.131 króna, auk vaxta og verðbóta að frádrægnum 184.000 krónum.

Í gagnsökinni, sem höfðuð er með stefnu, birtri 7. og 8. október 1992, krefur gagnstefnandi gagnstefndu um bætur eða afslátt vegna ætlaðra galla, brota á byggingarlöggjöf og annarra vanefnda, samtals 5.997.911 krónur.

Meðferð málsins hófst fyrir bæjarþingi Reykjavíkur með þingfestingu stefnu í aðalsök 23. janúar 1990. Gagnstefnandi hafði á þessum tíma lögmann, og skilaði hann greinargerð 22. mars s. á., og var þar krafist sýknu af kröfum stefnanda á þeim grundvelli, að íbúðin væri með margvíslegum göllum. Var málinu eftir það úthlutað til Sigríðar Ólafsdóttur borgardómara. Matsbeiðni gagnstefnanda var tekin fyrir á bæjarþingi Reykjavíkur utan aðalmálsins 25. apríl sama ár, en ekki varð af dómkvaðningu. Sigríður Ólafsdóttir borgardómari tók fyrir nýja matsbeiðni gagnstefnanda 31. maí 1990 og dómkvaddi þá Ragnar Ingimarsson og Magnús Guðjónsson sem matsmenn 1. júní sama ár.

Dómsformaður, þá settur borgardómari, tók við málinu 1. september 1990. Sömu matsmenn voru dómkvaddir 12. mars 1991 til að gera viðbótar-mat. Matsmenn skiluðu gagnstefnanda matsgerð 27. mars 1991. Í þinghaldi 16. maí 1991 skýrði gagnstefnandi frá því, að Arnmundur Backman hrl. færi ekki lengur með málið, og hefur rekið málið sjálfur síðan.

Að kröfu gagnstefnanda komu matsmenn fyrir dóm í matsmálinu 7. júní 1991 til skýrslugjafar og staðfestingar á matsgerð, sbr. 142. og 143. gr. þágildandi einkamálalaga nr. 85/1936. Dómsformaður hafði þá kallað þá Ríkhart Kristjánsson verkfræðing og Helga S. Gunnarsson byggingartæknifræðing til meðdómarastarfa. Dómurinn kvað upp tvo úrskurði 20. júní 1991, annan um hæfi matsmanna, reikning þeirra og fleiri atriði, en þann úrskurð kærði gagnstefnandi þegar í stað til Hæstaréttar, hinn um frestun málsins, en þann úrskurð kærði lögmaður aðalstefnanda til Hæstaréttar, sem kvað upp dóm um bæði kæruatriðin 17. september 1991.

Málið var næst tekið fyrir 15. október 1991 í samræmi við dóm Hæstaréttar, og voru þá að beiðni gagnstefnanda dómkvaddir fjórir yfirmatsmenn, þeir Björn Björnsson húsasmíðameistari, Bárður Danielsson, verkfræðingur og arkitekt, Vífill Oddsson verkfræðingur og dr. Þorsteinn Helgason prófessor. Í þessu þinghaldi var kveðinn upp úrskurður um frestun málsins, þar til yfirmatsgerð lægi fyrir, en þó ekki lengur en til 3. febrúar 1992. Úrskurðurinn var kærður, og staðfesti Hæstiréttur hann með dómi 21. nóvember sama ár.

Allan Vagn Magnússon borgardómari tók við málinu í janúar 1991.

Að beiðni gagnstefnanda dómkvaddi Kristjana Jónsdóttir borgardómari þá Sæbjörn Kristjánsson byggingartæknifræðing og Gunnar Torfason verkfræðing 28. janúar 1992 til að gera nýtt undirmat.

Yfirmatsmenn skiluðu yfirmatsgerð 6. febrúar 1992, og hinni nýju undir-matsgerð var skilað 8. mars 1992. Gagnstefnandi lagði fram gagnstefnu 22. júní 1992, en í sama þinghaldi gerði lögmaður aðalstefnanda kröfu um,

að Allan Vagn Magnússon viki sæti. Dómarinn vék sæti með úrskurði 10. júlí 1992.

Dómsformaður tók aftur við málinu í september 1992. Í fyrstu fyrirtöku málsins í Héraðsdómi Reykjavíkur 30. september 1992 felldi gagnstefnandi niður gagnsökina og óskaði eftir fresti til að leggja fram nýja gagnstefnu. Að kröfu lögmanns stefnanda var málinu frestað til aðalmeðferðar 16. nóvember 1992.

Gagnstefnandi þingfesti nýja gagnsök á reglulegu dómþingi 13. október 1992 sem málið nr. E-8480/1992 og krafðist sameiningar þess og málsins nr. E-993/1990. Af hálfu gagnstefndu var krafist frávísunar á gagnsökinni og kröfu um sameiningu málanna hafnað. Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 27. október sl. var hluta af kröfum í gagnsök vísað frá dómi og sakirnar sameinaðar.

Er hér var komið sögu, kallaði dómsformaður Frey Jóhannesson tækni-fræðing til setu í dóminum ásamt Ríkharði Kristjánssyni verkfræðingi, þar sem Helgi S. Gunnarsson dvaldist erlendis.

Aðalmeðferð málsins fór fram dagana 16., 17. og 18. nóvember sl., og voru þá teknar skýrslur af aðilum og alls 25 vitnum, en málið síðan flutt munnlega og það dómtekið.

Eftir aðalmeðferð málsins 18. nóvember sl. varð dómsformaður þess áskynja, að einn af fjórum yfirmatsmönnum, Björn Björnsson húsasmíðameistari, væri bróðir Friðgeirs Björnssonar, dómstjóra í Reykjavík, forstöðumanns Héraðsdóms Reykjavíkur. Þar sem dómsformaður er dómara-fulltrúi við Héraðsdóm Reykjavíkur, þótti honum með vísan til 3. mgr. 6. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, sbr. d- og f-lið 5. gr. sömu laga, ekki varlegt að leggja dóm á málið við svo búið. Með vísan til þess og umfangs málsins var leitað eftir því hjá dóms- og kirkjumálaráðuneytinu, að dómsformaður yrði sérstaklega skipaður til að fara með málið.

Dómsformaður skýrði gagnstefnanda og lögmanni aðalstefnanda frá þessu munnlega, en gagnstefnanda nánar með bréfi 1. desember sl.

Með skipunarbréfi dómsmálaráðherra 1. desember sl. var dómsformaður skipaður dómari í málinu samkvæmt sérstakri umboðsskrá með vísan til 2. mgr. 7. gr. laga nr. 92/1989 um aðskilnað dómsvalds og umboðsvalds í héraði.

Að frumkvæði dómsformanns var málið endurupptekið og framangreint kynnt í réttinum. Jafnframt tilkynnti dómsformaður, að boðað yrði til aðalmeðferðar í málinu að nýju og teknar skýrslur, eftir því sem aðilum þætti þurfa, en að öðru leyti yrðu ýtarlegar skýrslur aðila og vitna, sem gefnar voru við hina fyrri aðalmeðferð 16., 17. og 18. desember 1992, lagðar til gundvallar, en síðan yrði málið flutt munnlega.

Aðilum málsins var boðið að tjá sig um framhald þess, og kom gagn-

stefnandi þá formlega fram með kröfur þær, sem hér eru til úrlausnar, en þær hafði hann áður sett fram í bréfi, dagsettu 9. þ. m.

Gagnstefnandi vísaði einkum til bréfs dómsformanns frá 1. desember sl. kröfu sinni til stuðnings. Hann taldi ekki fært að fallast á fyrirhugaða málsmeðferð og óvarlegt að láta málið fara lengra, án þess að úr hæfi dómsformanns yrði skorið.

Af hálfu aðalstefnanda var framgangsmáti málsins talinn eðlilegur og þær athugasemdir gerðar við bréf gagnaðila frá 9. þ. m., að rangt væri, að dómsformaður færi nú með málið sem fulltrúi dómstjóra, og óskað eftir, að gagnstefnandi drægi kröfu sína í bréfinu til baka, með vísan til þess. Þar sem sérstök skipun dómarans til að fara með málið lægi fyrir, gæti ekki verið um neitt vanhæfi að ræða. Við endurflutning málsins gæfist aðilum auk þess kostur á að fara ofan í öll atriði málsins. Þá var talið, að meðdómsmenn ættu að fjalla um vanhæfi dómsformanns með honum.

Því var einnig haldið fram, að dómsformaður hefði aldrei verið vanhæfur til að fara með og dæma aðalsök málsins og framhaldið ætti að vera það, að dómur yrði kveðinn upp í aðalsökinni. Ekki voru þó gerðar sérstakar kröfur af því tilefni.

III.

Svo sem áður var rakið, hefur gangur máls þessa verið óvenjulega hægur og þunglamalegur. Frá því er málinu var fyrst úthlutað, hafa tveir dómarar farið með málið auk dómsformanns, sem fyrst fór með það sem settur borgardómari í eitt ár, sem fulltrúi yfirborgardómara í fjóra mánuði og sem fulltrúi við Héraðsdóm Reykjavíkur frá því í september sl. þar til 1. desember 1992, að dómsformaður var skipaður dómari í málinu samkvæmt sérstakri umboðsskrá.

Gagnstefnanda hefur gengið gagnaöflun mjög hægt. Hann hefur aflað sér þriggja matsgerða, þar af einnar yfirmatsgerðar. Töluleg kröfugerð kom ekki fram af hans hálfu fyrr en í gagnstefnu, þingfestri 30. september sl.

Kveðnir hafa verið upp í málinu fjölmargir úrskurðir, og hafa þeir þeirra verið kærðir til Hæstaréttar. Dómsformaður hefur því þurft að leggja óvenjumikla vinnu í þetta yfirgripsmikla mál.

Í 1. mgr. 6. gr. laga nr. 91/1991 segir, að dómari gæti að hæfi sínu og meðdómsmanna til að fara með mál af sjálfsdáðum, en aðili geti einnig krafist, að hann eða þeir víki sæti. Í 2. mgr. 6. gr. segir, að dómari kveði sjálfur upp úrskurð um kröfu aðila, að hann víki sæti, svo og, ef hann víkur sæti af sjálfsdáðum. Skýra ber ákvæðin með þeim hætti, að hinn löglærði embættisdómari, í þessu tilviki dómari samkvæmt umboðsskrá, úrskurði einn um hæfi sitt.

Krafa gagnstefnanda er reist á 3. mgr. 6. gr. laga nr. 91/1991, sbr. d-

og f-lið 5. gr. sömu laga. F-liður 5. mgr. laga nr. 91/1991 svarar til 6. tl. 36. gr. eldri einkamálalaga nr. 85/1936, en samkvæmt því ákvæði varð dómari þó aðeins vanhæfur til að fara með mál vegna tengsla við vitni, mats- eða skoðunarmann, þyrfti hann að kveða upp úrskurð um skýrslugjöf hlutaðeigandi. Í athugasemdum, sem fylgdu með frumvarpi að lögum nr. 91/1991, segir m. a. svo um f-lið 5. gr.: „Breytingarnar með ákvæðum f-liðar 5. gr. eru lagðar til í ljósi þess, að yfirleitt yrði dómari hvort eð er talinn vanhæfur vegna umræddra tengsla við fyrrgreinda menn eftir reglu 7. tölul. 36. gr. laga nr. 85/1936, og verður að telja æskilegra, að bein fyrirmæli standi þá til vanhæfis vegna þessara aðstæðna.“

Tengsl dómsformanns við fyrrnefndan Björn Björnsson yfirmatsmann eru engin, og er dómsformaður því ekki vanhæfur samkvæmt g-lið 5. gr. laga nr. 91/1991, áður 7. tl. 36. gr. laga nr. 85/1936, til að fara með málið. Ofangreind rök eiga því ekki við í þessu máli.

Í 3. mgr. 6. gr. laga nr. 91/1991 segir, að dómarafulltrúi sé, „án sérstakrar skipunar“ óhæfur til að fara með mál, sem forstöðumaður dómstóls sé vanhæfur til að fara með. Þar sem dómsformaður hefur nú fengið sérstaka skipun til að fara með málið, er afstaða hans til málsins hin sama og sjálfstætt starfandi dómara við Héraðsdóms Reykjavíkur, sem að vísu lúta vissu stjórnunarvaldi dómstjóra, en án nokkurs vafa teldust hæfir til að fara með mál þetta. Fyrri afskipti dómsformanns af málinu sem fulltrúa yfirborgardómara og fulltrúa við Héraðsdóm Reykjavíkur breyta hér engu um, þar sem vanhæfisregla f-liðar 5. gr., samanber 3. mgr. 6. gr. laga nr. 91/1991, byggist fyrst og fremst á hlutlægum grunni og beinlínis er gert ráð fyrir í 3 mgr. 6. gr., að dómarafulltrúi geti fengið skipun til að fara með mál, sem hann teldist annars óhæfur til að dæma vegna vanhæfis dómsformanns.

Dómsformaður þykir því nú vera hæfur til að fara með málið og dæma það ásamt meðdómsmönnum, og ber að hafna kröfu gagnstefnanda um, að hann víki sæti.

Allt að einu þarf að ákveða, hvar dómurinn á að taka upp þráðinn að nýju, og í því sambandi er nauðsynlegt að taka afstöðu til gildis þeirra dómsathafna, sem þgar hafa farið fram í málinu.

Hvað varðar dómkvaðningu Björns Björnssonar sem matsmanns í þinghaldi 15. október 1991, verður að líta til ákvæða 6. tl. 36. gr. þágildandi einkamálalaga nr. 85/1936, sem aðeins mæltu fyrir um vanhæfi vegna vensla við vitni eða matsmenn, ef úrskurða þurfti um skýrslugjöfina. Staða dómsformanns á þeim tíma sem fulltrúa páverandi yfirborgardómara, Friðgeirs Björnssonar, leiddi því ekki sjálfkrafa til þess, að hann væri vanhæfur til að skipa Björn Björnsson yfirmatsmann, þótt vissulega hefði það getað leitt til þess, að dómsformaður yrði síðar að kalla til annan dómara, ef

úrskurða hefði þurft um skýrslugjöf matsmannsins, og ef til vill til að standa fyrir vitnaleiðslum, samanber ummæli um 36. gr. í athugasemdum með frumvarpi að lögum nr. 85/1936. Því síður leiðir þessi háttur á dómkvaðningu til þess, að matsgerðin verði ónothæf sem sönnunargagn í málinu.

Sem fyrr er rakið, kvað dómsformaður upp úrskurð 15. október 1991 um frestun málsins, þar til yfirmatsgerð lægi fyrir, en þó ekki lengur en til 3. febrúar 1992. Hæstiréttur staðfesti þann úrskurð með dómi 21. nóvember 1991, og voru ekki gerðar athugasemdir við dómkvaðninguna eða meðferð málsins fram að því.

Hvað varðar meðferð málsins frá 30. september 1992, er þess að geta, að 27. október sl. var, sem fyrr segir, kveðinn upp úrskurður, þar sem hluta af kröfum gagnstefnanda í gagnsökinni var vísað frá dómi. Þær kröfur, sem vísað var frá dómi, byggðust að engu leyti á yfirmatsgjörðinni, og matsmenn voru ekki kallaðir fyrir dóminn. Fram að aðalmeðferð málsins 16. nóvember sl. fjallaði dómsformaðurinn því ekki efnislega um yfirmatsgerðina eða um hæfi yfirmatsmanna, störf þeirra, reikning, skyldu til að bera vitni eða annað þeim tengt.

Þess má geta, að gagnstefnandi hafði ekkert við hæfi dómsformanns eða málsmeðferð að athuga, fyrr en dómsformaður skýrði honum frá tengslum Björns Björnssonar og dómstjórans í Reykjavík og lagaákvæðum þar að lútandi. Fram hefur komið, að krafa hans er öðru fremur sprottin af ótta við, að meðferð málsins verði ómerkt á grundvelli þessara lagaákvæða, ef til áfrýjunar héraðsdóms komi, og því vill hann fá skorið úr um hæfi dómsformannsins, áður en lengra er haldið.

Málið hefur þegar verið endurupptekið af dómara samkvæmt sérstakri umboðsskrá, og hefur hann kallað með sér til dómstarfa sömu meðdómsmenn og áður. Þykja því engir annmarkar vera á að boða til nýrrar aðalmeðferðar og taka nýja skýrslu af yfirmatsmanninum, Birni Björnssyni, og öðrum þeim vitnum, sem þurfa þykir, og láta því næst flytja málið munnlega að nýju.

Málkostnaður er ekki dæmdur sérstaklega í þessum þætti málsins.

Úrskurð þennan kvað upp Sigurður T. Magnússon, dómari málsins samkvæmt sérstakri umboðsskrá.

Ú r s k u r ð a r o r ð:

Kröfu aðalstefnda og gagnstefnanda, Kristjáns Wendel, að dómsformaður víki sæti, er hafnað.

Ákvörðun um málkostnað í þessum þætti málsins biður efnisdóms.