

Þriðjudaginn 20. júní 2000.

Nr. 181/2000. **M**

(Óskar Thorarensen hrl.)

gegn

K

(Ragnar Aðalsteinsson hrl.)

Kærumál. Innsetningargerð. Börn.

Í tengslum við skilnað hjónanna M, spænsks ríkisborgara, og K, íslensks ríkisborgara, sem búsett voru á Spáni ásamt tveimur börnum sínum fæddum 1987 og 1990, gerðu þau með sér skilnaðarsamning. Þar kom fram að börnin skyldu vera í umsjá K, undir vernd hennar og yfirráðarétti, en að M og K færu sameiginlega með foreldravald yfir börnunum. Þá var kveðið á um að aðilum væri báðum heimilt að „skipta um heimilisfang“ og bæri að tilkynna hinum slíkt með minnst 20 daga fyrirvara. K flutti ásamt börnunum til Íslands og tilkynnti lögmaður K á Spáni þarlendum dómstóli um flutninginn í september 1999. M krafðist þess að fá börnin tekin úr umráðum K og fengin sér með beinni aðfarargerð. Leitað var skýringa spænskra yfirvalda á málinu og kom fram að þau töldu að flutningur K á börnunum frá Spáni hafi verið brot á forsjárrétti M í skilningi 1. töluliðar 5. gr. Haagsamningsins og að brottflutningurinn hefði verið ólögmætur eftir ákvæði 1. töluliðar 1. mgr. 3. gr. samningsins. Var talið að gagnvart M hefði K flutt börn þeirra frá Spáni til Íslands á ólögmætan hátt samkvæmt 3. gr. Haagsamningsins, sbr. 2. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995. Ekki var talið að K hefði sýnt fram á að dvöl barnanna á Spáni gæti leitt til alvarlegrar hættu á að þau yrðu fyrir andlegum eða líkamlegum skaða í skilningi 2. töluliðar 12. gr. laga nr. 160/1995. Þá var talið að ráða mætti af álitsgerðum sálfræðinga að börnin væru ekki andvíg búsetu á Spáni, en kjósi sér dvalarstað með K. Þar sem niðurstaða um að færa bæri börnin til Spánar fæli ekki í sér breytingu á því að börnin gætu áfram verið í umsjá K þar í landi var ekki talið að skilyrði væru fyrir hendi til að hafna kröfu M á grundvelli 3. töluliðar 12. gr. laga nr. 160/1995. Var tekin til greina krafa M um innsetningargerð hefði K ekki innan tveggja mánaða frá uppsögu dómsins farið með börnin eða stuðlað að ferð þeirra til Spánar.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómarnir Garðar Gíslason, Gunnlaugur Claessen og Markús Sigurbjörnsson.

Sóknaraðili skaut málinu til Hæstaréttar með kæru 28. apríl 2000, sem barst réttinum ásamt kærumálgögnum 4. maí sl. Kærður er úrskurður Héraðsdóms Reykjaness 19. apríl 2000, þar sem hafnað var kröfu sóknaraðila um að sér yrði heimilað að fá tvo nafngreinda syni málsaðila, fædda 1987 og 1990, tekna úr umráðum varnaraðila og fengna sér með beinni aðfarargerð. Kæruheimild er í 4. mgr. 84. gr. laga nr. 90/1989 um aðför, sbr. 102. gr. laga nr. 92/1991. Sóknaraðili krefst þess að sér verði veitt heimild til aðfarargerðarinnar, svo og að varnaraðila verði gert að greiða málskostnað í héraði og kærumálskostnað.

Varnaraðili krefst þess að hafnað verði kröfu sóknaraðila um heimild til aðfarargerðar. Þá krefst varnaraðili jafnframt málskostnaðar í héraði og kærumálskostnaðar.

I.

Samkvæmt gögnum málsins gengu aðilarnir í hjúskap á Spáni 23. apríl 1985. Voru þau í kjölfarið búsett þar og eignuðust tvo syni, sem áður er getið. Vorið 1998 skildu aðilarnir að borði og sæng og gerðu í tengslum við það skilnaðarsamning 8. apríl á því ári. Í þriðja lið samningsins sagði meðal annars eftirfarandi samkvæmt framlagðri þýðingu á skjalinu: „Fyrrgreindir synir hjónanna ..., sá fyrri ellefu og hinn átta ára að aldri, skulu vera í umsjá móðurinnar, undir vernd hennar og yfirráðarétti, og skal hún veita þeim það eftirlit og umhyggju sem þörf krefur, án þess að það raski fyrirkomulagi heimsóknna, dvala og samskipta, sem komið er á í þágu föðurins ...“. Í fjórða lið samningsins var svofellt ákvæði: „Foreldravald yfir ólögráða sonunum skulu báðir foreldrarnir áfram fara með í sameiningu, og með það fyrir augum, skuldbinda þau sig til að taka hverjar þær mikilvægu ákvarðanir í sameiningu sem varða þroska, heilsu og menntun barna sinna.“ Samkvæmt samningnum átti sóknaraðili að greiða nánar tiltekið mánaðarlegt meðlag með sonum aðilanna. Kveðið var á um að varnaraðili ætti að hafa áfram til afnota íbúð aðilanna í Murcia á Spáni ásamt sonum þeirra, en hvorum aðilanum um sig væri heimilt að „skipta um heimilisfang“ og bæri þá að tilkynna hinum um slíkt með minnst 20 daga fyrirvara til

að auðvelda sóknaraðila umgengni við syni þeirra. Aðilunum var veittur lögskilnaður með dómsúrskurði 23. apríl 1999, sem leiddi ekki til breytinga á framangreindum atriðum.

Varnaraðili kveðst hafa flutt ásamt sonum aðilanna frá Spáni til Íslands í júní 1999 og þau sest að hér á landi. Um sex vikum síðar hafi hún sent drengina til sóknaraðila í heimsókn, sem hafi varað í fimm vikur. Í kjölfarið hafi þeir komið aftur til Íslands 20. september 1999 og hafið skólagöngu, en lögheimili þeirra sé nú hér á landi. Síðastnefndan dag hafi lögmaður varnaraðila á Spáni tilkynnt dómstóli þar um flutning hennar og drengjanna hingað til lands. Sóknaraðili skýrir á hinn bóginn svo frá að varnaraðili hafi farið hingað til lands ásamt sonum þeirra um sumarið 1999, en komið svo aftur til Spánar, þar sem drengirnir hafi byrjað á ný skólagöngu eftir sumarleyfi. Sóknaraðili hafi verið fjarstaddur vegna atvinnu sinnar í september 1999, en hinn 20. þess mánaðar hafi varnaraðili án samráðs við eða tilkynningar til sóknaraðila numið drengina á brott til Íslands. Af þessu hafi sóknaraðili ekki haft spurnir fyrr en ellefu dögum síðar. Þótt varnaraðili hafi tilkynnt spænskum dómstóli um för sína og sona aðilanna úr landi hafi ekkert ráðrúm gefist til að stöðva hana.

Í málinu krefst sóknaraðili sem áður segir að sér verði heimilað að fá syni aðilanna afhenta sér með beinni aðfarargerð. Um lagastoð fyrir þeirri kröfu vísar hann til ákvæða laga nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl. og samnings um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa, sem var gerður í Haag 25. október 1980, en hér á eftir verður hann nefndur Haagsamningurinn. Hefur málið verið sótt fyrir milligöngu spænska dómsmálaráðuneytisins og dóms- og kirkjumálaráðuneytisins hér á landi, sbr. 5. gr. laga nr. 160/1995.

II.

Með bréfi spænska dómsmálaráðuneytisins 26. nóvember 1999, þar sem leitað var atbeina íslenskra stjórnvalda í þágu sóknaraðila, fylgdi beiðni hans um aðstoð við að fá syni aðilanna flutta á ný til Spánar. Í bréfinu var vísað til þess að samkvæmt spænskum lögum, 154. gr. Código Civil, færu báðir foreldrar með „parental responsibility for the children.“ Var síðan skírskotað til gagna, sem fylgdu bréfinu, og hermt að þau bæru með sér að synir aðilanna hefðu verið numdir brott og

þeim væri haldið í andstöðu við forsjárrétt sóknaraðila í skilningi 5. gr. Haagsamningsins. Af þeim sökum væri brottflutningur og hald drengjanna ólögmætt samkvæmt 3. gr. hans.

Eftir uppkvaðningu hins kærða úrskurðar aflaði sóknaraðili að tilhlutan Hæstaréttar og með milligöngu dóms- og kirkjumálaráðuneytisins nánari skýringa spænska dómsmálaráðuneytisins á því, sem að framan greinir. Í samantekt, sem fylgdi bréfi spænska ráðuneytisins 1. júní 2000, var meðal annars lýst lagalegri merkingu þeirra hugtaka, sem notuð voru í áður tilvitnuðum þriðja og fjórða lið skilnaðarsamnings aðilanna og þýdd þar á íslensku með orðunum umsjá, yfirráðaréttur og foreldravald. Þá var og gerð nánari grein fyrir inntaki þess spænska lagaákvæðis, sem áður var getið. Af þessu var í samantektinni dregin ályktun, sem hljóðar svo í framlagðri þýðingu: „Rétturinn til verndar og yfirráðaréttar, sem K er færður í hendur í samræmi við spænskan rétt, veitir henni ekki heimild til að taka ákvörðun upp á eigin spýtur (einhliða) varðandi búsetustað barnanna.“ Var í því sambandi jafnframt vísað til þess að í úrskurði héraðsdómstóls í Murcia 2. nóvember 1999 hafi samkvæmt kröfu sóknaraðila verið lagt fyrir varnaraðila að koma sonum þeirra innan sex sólarhringa aftur til náms við þá skóla, þar sem þeir höfðu verið innritaðir í þeirri borg.

Samkvæmt 3. mgr. 15. gr. laga nr. 160/1995 getur dómari undir rekstri máls um skil á barni á grundvelli Haagsamningsins ákveðið að lögð skuli fram yfirlýsing yfirvalds í því ríki, þar sem barn var búsett fyrir brottflutning, um að ólögmætt hafi verið að fara með það eða halda því. Í athugasemdum, sem fylgdu frumvarpi til laganna, sagði í umfjöllun um 11. gr. þess að við mat á því hvort ólögmætur brottflutningur eða hald hafi átt sér stað og hver hafi rétt til að fá barn afhent skuli tekið beint mið af lögum þess ríkis, þar sem það var búsett fyrir brottflutning, og úrskurðum dómstóla og stjórnvalda þar. Eru þessar athugasemdir í samræmi við ákvæði 14. gr. Haagsamningsins og þær grundvallarreglur, sem hann er reistur á. Í áðurgreindum gögnum hafa spænsk yfirvöld látið uppi það ótvíræða álit að flutningur varnaraðila á sonum aðilanna brott frá Spáni hafi verið brot á forsjárrétti í skilningi 1. töluliðar 5. gr. Haagsamningsins, sem sóknaraðili nýtur samkvæmt spænskum lögum og skilnaðarsamningi aðilanna, svo og að sá brottflutningur hafi verið ólögmætur eftir ákvæði 1. töluliðar 1. mgr. 3. gr. samningsins. Ekki hefur verið leitt í ljós að neinir þeir annmarkar

séu á umræddri álitsgerð spænskra yfirvalda, sem valdið gætu að íslenskir dómstólar hafni að leggja hana eftir áðurgreindum heimildum til grundvallar í þessum efnunum. Er því óhjákvæmilegt að líta svo á að gagnvart sóknaraðila hafi varnaraðili flutt syni þeirra frá Spáni og hingað til lands á ólögmetan hátt samkvæmt 3. gr. Haagsamningsins, sbr. 2. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995.

III.

Í málalilbúnaði varnaraðila fyrir Hæstarétti er því meðal annars borið við að synja verði um afhendingu sona aðilanna vegna ákvæðis 2. töluliðar 12. gr. laga nr. 160/1995. Í því sambandi er vísað til þess að vilji drengjanna standi til þess að dvelja með varnaraðila á Íslandi, enda séu þeir henni tengdari en sóknaraðila, sem vegna anna í starfi sé oft og lengi fjarri heimili sínu. Yrði krafa sóknaraðila tekin til greina væri umönnun drengjanna háð óvissu og gæti eftir atvikum komið til þess að núverandi eiginkona hans hefði með hendi uppeldi þeirra. Sé þetta fallið til að valda þeim skaða. Séu því skilyrði til að beita fyrrnefndu undanþáguákvæði til að hafna kröfu sóknaraðila. Um þessar röksemdir er til þess að líta að samkvæmt 19. gr. Haagsamningsins felst ekki efnisleg úrlausn um álitamál varðandi forsjá barns í ákvörðun um að því verði skilað eftir reglum hans. Stæði því eftir sem áður óbreytt sú skipan, sem aðilarnir ákváðu um forsjá sona sinna með áðurnefndum fyrirmælum í skilnaðarsamningi, þótt eftir atvikum þyrfti að veita sóknaraðila umráð yfir drengjunum til að rjúfa það ólögmeta ástand, sem varnaraðili hefur komið á með brotnámi þeirra frá Spáni. Að öðru leyti hefur varnaraðili ekki fært sönnur fyrir að dvöl drengjanna á Spáni, eftir atvikum í umráðum sóknaraðila, gæti leitt til alvarlegrar hættu á að þeir yrðu fyrir andlegum eða líkamlegum skaða í skilningi 2. töluliðar 12. gr. laga nr. 160/1995. Er því ekki hald í þessari málsástæðu varnaraðila.

Þá hefur varnaraðili einnig reist dómkröfu sína á því að fyrir liggi samkvæmt álitsgerðum sálfræðinga að synir aðilanna óski eftir að búa með henni hér á landi. Standi því ákvæði 3. töluliðar 12. gr. laga nr. 160/1995 í vegi fyrir að krafa sóknaraðila verði tekin til greina. Varðandi þessa málsástæðu varnaraðila verður að gæta að því að í álitsgerð sálfræðings frá 7. apríl 2000, sem laut að eldri syni aðilanna, kom fram að hann hafi aðspurður um hvort hann kysi fremur að búa á Spáni eða

Íslandi svarað því til að sér væri „alveg sama í hvoru landinu hann eigi heima, en kveðst núna vilja vera á Íslandi ...“. Jafnframt sagði meðal annars eftirfarandi í niðurstöðum álitsgerðarinnar: „Drengurinn hefur jákvæða afstöðu til bæði Spánar og Íslands enda virðist honum hafa liðið vel á báðum stöðum og búið við gott atlæti og fundið mikla umhyggju frá foreldrum, skyldmönnum og vinum. Í dag kýs drengurinn að búa á Íslandi. Sú afstaða hans tengist því fyrst og fremst að hann vill búa hjá móður sinni sem hann segist alltaf hafa verið hjá, mun meira heldur en hjá föður sem oft ferðaðist mikið burt frá heimili vegna atvinnu sinnar.“ Eftir uppkvaðningu hins kærða úrskurðar aflaði varnaraðili að tilhlutan Hæstaréttar álitsgerðar sálfræðings 4. júní 2000 varðandi yngri son aðilanna. Í niðurstöðum hennar sagði meðal annars að drengurinn hafi sagt að „sér líki betur á Íslandi en á Spáni. Fram kemur þó að honum hefur liðið mjög vel á Spáni, sennilega ekki síður en á Íslandi, og líklegt er að afstaða hans til þess í hvaða landi hann vill búa mótist mest af því að hann kýs að búa þar sem móðir hans býr.“ Samkvæmt 3. tölulið 12. gr. laga nr. 160/1995 er unnt að synja um afhendingu barns ef það er andvígð afhendingu og hefur náð þeim aldri og þroska að rétt sé að taka tillit til afstöðu þess. Af tilvitnuðum ummælum í álitsgerðum sálfræðings er ljóst að synir málsaðila séu ekki andvígir búsetu á Spáni, en kjósi sér dvalarstað með móður sinni. Eins og fyrr segir mundi niðurstaða málsins um að færa bæri syni aðilanna aftur til Spánar engu breyta um að þeir ættu að lúta umsjá varnaraðila þar í landi, sbr. og 19. gr. Haagsamningsins. Eru því ekki skilyrði til að hafna kröfu sóknaraðila á grundvelli reglu 3. töluliðar 12. gr. laga nr. 160/1995.

Ekki hafa verið færð fram haldbær rök fyrir því að önnur ákvæði 12. gr. laga nr. 160/1995 en um ræðir að framan geti staðið kröfu sóknaraðila í vegi.

IV.

Samkvæmt því, sem áður greinir, verður að líta svo á að varnaraðili hafi fært syni aðilanna hingað til lands á ólögmaetan hátt, sbr. 2. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995, og að ákvæði 12. gr. sömu laga leiði ekki til þess að synjað verði um afhendingu drengjanna.

Af aðfaraorðum Haagsamningsins er sýnt að honum sé ætlað að stuðla að því að börnum, sem í skilningi hans hafa verið flutt á milli

landa á ólögmetan hátt, verði skilað til þess ríkis, þar sem þau voru búsett áður en það gerðist. Verður þeirri skyldu, sem leggja má á varnaraðila á grundvelli samningsins, þannig fullnægt með því að hún fari sjálf með drengina eða stuðli á annan hátt að för þeirra til Spánar, þar sem hún eftir atvikum gæti dvalið eins og nauðsyn krefði og farið með umsjá þeirra uns lyktir fengjust í deilum aðilanna. Eru ekki efni til að telja orðalag 1. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995 girða fyrir þetta og leiða til þess að drengjunum verði ekki skilað með öðru móti en að færa þá í hendur sóknaraðila. Láti varnaraðili hins vegar ekki verða af skilum drengjanna á þennan hátt verður ekki undan því vikist að afhending þeirra á grundvelli laga nr. 160/1995 og Haagsamningsins fari fram með innsetningargerð í samræmi við kröfu sóknaraðila, sbr. 1. mgr. 13. gr. laganna. Verður því tekin til greina krafa sóknaraðila um að honum sé heimilt að fá syni aðilanna tekna úr umráðum varnaraðila og afhenta sér með innsetningargerð, sem fara má fram til fullnustu á skyldu varnaraðila að liðnum tveimur mánuðum frá uppsögu þessa dóms, hafi varnaraðili ekki áður orðið við skyldu sinni á þann hátt, sem áður greinir.

Aðilarnir skulu hvor bera sinn kostnað af málinu í héraði og fyrir Hæstarétti.

D ó m s o r ð :

Sóknaraðila, M, er heimilt að liðnum tveimur mánuðum frá uppsögu þessa dóms að fá A og B tekna úr umráðum varnaraðila, K, og afhenta sér með beinni aðfarargerð, hafi varnaraðili ekki áður fært þá til Spánar eftir því, sem nánar greinir í forsendum þessa dóms.

Málskostnaður í héraði og kærumálskostnaður fellur niður.

Úrskurður Héraðsdóms Reykjaness 19. apríl 2000.

Aðfararbeiðni barst Héraðsdómi Reykjaness þann 7. febrúar 2000. Málið var þingfest 14. s.m. og var frestað nokkrum sinnum með samkomulagi beggja málsaðila til öflunar gagna. Málið var tekið til úrskurðar að loknum málflutningi 6. apríl sl.

Gerðarbeiðandi er M, [...], Spáni. Gerðarþoli er K, [...].

Dómkrofur gerðarbeiðanda eru þær að börn aðila A, kt. [...]87- [...] og B,

kt. [...]90- [...], verði tekin af gerðarþola og afhent gerðarbeiðanda án tafar. Þá krefst gerðarbeiðandi málskostnaðar úr hendi gerðarþola samkvæmt fram-
lögðum málskostnaðarreikningi.

Endanlegar dómkröfur gerðarþola eru þær að hún verði sýknuð af öllum
kröfum gerðarbeiðanda og að gerðarbeiðanda verði gert að greiða gerðarþola
málskostnað að mati dómsins. Þá krefst gerðarþoli þess að kæra málsins til
Hæstaréttar fresti aðför.

I.

Aðilar máls þessa gengu í hjónaband á Spáni þann 23. apríl 1985. Þau eiga
synina A og B. Þau skildu að borði og sæng 8. apríl 1998 og fengu lögskilnað
23. apríl 1999. Börnin hafa íslenskan og spænskan ríkisborgararétt.

Foreldrarnir störfuðu bæði [...] í Murcia en auk þess er gerðarbeiðandi ein-
leikari [...] og stjórnandi tveggja sinfóníuhljómsveita.

Í skilnaðarsamningi aðila frá 8. apríl 1998 kemur fram að gerðarþoli hafi til
afnota íbúð fjölskyldunnar eða hjónanna í Murcia. Segir í samningnum að
hjónabandsaðilar megi skipta um heimilisfang og í því tilfelli verði þau að til-
kynna hvort öðru það með minnst 20 daga fyrirvara. Synirnir skulu vera í umsjá
móður og vernd hennar og yfirráðarétti, skuli hún veita þeim eftirlit og
umhyggju sem þörf krefur, án þess að það raski fyrirkomulagi heimsóknardvala
og samskipta föður. Í samningnum er jafnframt kveðið á um umgengnisrétt
föður við synina og í 4. gr. samningsins segir: „Foreldravalld yfir ólöggráða
sonum skuli báðir foreldrarnir áfram fara með í sameiningu og með það fyrir
augum skuldbinda þau sig til að taka hverjar þær mikilvægu ákvarðanir í sam-
einingu sem varða þroska, heilsu og menntun barna sinna.“

Hinn 22. júní 1999 fór gerðarþoli til Íslands með synina. Um það bil sex
vikum síðar sendi móðirin synina í heimsókn til föður síns í Murcia og dvöld-
ust þeir hjá honum í fimm vikur. Gerðarþoli fór aftur út til Spánar og fór alfarin
til Íslands með synina þann 20. september 1999. Gerði hún það án samráðs við
gerðarbeiðanda og án hans vitundar meðan hann var fjarverandi vegna vinnu
sinnar. Sama dag og synirnir héldu til Íslands ritaði lögmaður gerðarþola á Spáni
sifjadamstólnum þar bréf og tilkynnti að gerðarþoli myndi framvegis búa á
Íslandi með sonunum, enda væri henni heimilt að ákveða búsetu sína. Dreng-
irnir byrjuðu í [...]skóla í [...] þann 22. september og hafa stundað þar nám
síðan.

Með úrskurði fjölskyldudómstóls í Murcia á Spáni 5. nóvember 1999 var
kveðið á um að gerðarþoli skuli innan 6 daga koma sonunum fyrir í þeim
skólum sem þeir voru skráðir í á Spáni. Jafnframt var felld niður til bráðabirgða
skylda föðursins til að greiða lífeyri til konunnar. Lögmaður gerðarþola á Spáni
skaut ákvörðun þessari til æðra stigs hinn 10. nóvember 1999. Var beiðni hans

um breytingu eða endurupptöku hafnað hinn 1. desember 1999. Þessari ákvörðun hefur nú verið skotið til æðra dómstigs sem hefur samþykkt að taka málið fyrir.

Meðan á ofangreindu stóð leitaði faðirinn eftir ákvörðun dómstóls hinn 23. desember 1999 um að hann fengi forsjá sonanna, en þeirri kröfu var hafnað 19. janúar 2000.

Þann 23. nóvember 1999 leitaði gerðarbeiðandi til spænskra yfirvalda með beiðni um að börnin yrðu endurheimt þar sem brottnám þeirra hefði verið ólöglegt. Þann 1. desember 1999 fór dómsmálaráðuneytið á Spáni þess á leit við dómsmálaráðuneytið á Íslandi að það hlutaðist til um endurheimt barnanna. Vísar ráðuneytið til 3. og 5. gr. Haagsamningsins um að flutningur barnanna hafi verið ólöglegur þar sem forsjá hafi verið sameiginleg samkvæmt spænskum lögum. Þann 13. desember 1999 var Óskari Thorarensen hrl. falið að sjá um rekstur málsins fyrir hönd gerðarbeiðanda.

Í málinu hafa verið lagðar fram tvær sálfræðiskýrslur. Gerðarþoli fékk Áskel Örn Kárasón sálfræðing til þess að meta viðhorf eldri drengsins til þess að flytjast til Spánar aftur. Í þinghaldi 31. mars kvaddi dómurinn til dr. Gunnar Hrafn Birgisson sálfræðing. Þess var óskað að hann legði mat á þroska A miðað við jafnaldra sína og kannaði afstöðu hans til þess að flytjast frá Íslandi til Spánar. Þess var einnig óskað að leitað yrði eftir því hver væri raunverulegur vilji drengsins um dvalarstað og hvort það væri hagsmunum drengsins fyrir bestu að dvelja áfram hjá móður sinni eða flytja til Spánar. Var lagt fyrir sálfræðinginn að ræða ítarlega við drenginn og kanna jafnframt hvort hann kynni að vera undir þrýstingi frá móður.

Við aðalmeðferð málsins komu aðilar fyrir dóm og gáfu skýrslu.

II.

Gerðarbeiðandi heldur því fram að gerðarþoli hafi farið með leynd frá Spáni án þess að afla samþykkis hans. Hún hafi ekki haft leyfi lögmæts dómssvalds til þessara aðgerða, heldur einungis lagt fram tilkynningu til dómstólsins sama dag og hún fór til Íslands. Virðist sem þessi ákvörðun hafi verið rækilega undirbúin því að drengirnir hafi hafið nám tveimur dögum síðar í [...]. Gerðarbeiðandi og gerðarþoli fari sameiginlega með forsjá barna sinna sbr. 4. gr. skilnaðarsamnings aðila og samkvæmt spænskum lögum. Telur gerðarbeiðandi skilyrðum 11. gr. laga nr. 160/1995 fullnægt til þess að krefjast megi að börnin verði tekin af gerðarþola og afhent gerðarbeiðanda. Jafnframt vísar gerðarbeiðandi til 3., 5. og 12. gr. Haagsamningsins. Skilnaðarsamningur þeirra sé ótvíræður um að þau fari sameiginlega með forsjá barna sinna og taki í sameiningu allar stærri ákvarðanir í lífi þeirra. Gerðarþoli hafi sniðgengið þessi grundvallarákvæði skilnaðarsamningsins með því að fara með börnin til Íslands og í raun gert gerðarbeið-

anda ómögulegt að umgangast syni sína eins og kveðið hafi verið á í skilnaðarsamningi.

Ákvörðun gerðarþola að flytja til Íslands sé stór ákvörðun í þessum skilningi og hafi henni borið að afla samþykkis gerðarbeiðanda fyrir för sinni. Sameiginleg forsjá leiði einnig af spænskum lögum, sbr. 154. gr. Código Civil Espanol. Þá ber einnig að líta til þess að háttsemi gerðarþola hafi verið mjög harkaleg gagnvart börnunum og föður þeirra. Synirnir séu fæddir og uppaldir á Spáni og eigi þar rætur. Í þessu sambandi vísar gerðarbeiðandi til samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barna, sbr. lög nr. 18/1992, sérstaklega 3., 8., 9. og 11. gr., en einnig er vísað til þess grundvallarsjónarmiðs að vernda eigi hagsmuni barna. Gerðarbeiðandi byggir á að börnin hafi verið flutt til Íslands frá Spáni með ólöglegum hætti og þeim sé haldið hér á landi á ólögmetan hátt, sbr. 11. gr. laga nr. 160/1995. Þá byggir gerðarbeiðandi á að gerðarþoli hafi hindrað samskipti hans við börnin með ólögmetum hætti.

Afstaða spænska ráðuneytisins sé skýr. Það telji að brottnámið sé ólögmet. Það hafi einnig spænskir dómstólar talið, sbr. framlögð gögn. Máli sínu til stuðnings vísar gerðarbeiðandi einnig til laga nr. 90/1989 um aðför, m.a. 1. kafla, 13. kafla, sbr. jafnframt 12. kafla.

III.

Gerðarþoli byggir á því að hún fari með forsjá beggja sonanna samkvæmt staðfestu samkomulagi foreldranna. Því er mótmælt að það sé réttur skilningur gerðarbeiðanda að málsaðilar fari sameiginlega með forsjá barnanna. Hið rétt sé að samkvæmt spænskum lögum fari hjón óskipt með það sem nefnt sé „patria potestad“ og haldist það fyrirkomulag eftir skilnað hjóna. Gerðarbeiðandi hafi ekki skýrt merkingu þessa spænska lagahugtaks, en það virðist merkja að báðir foreldrar skuli með samkomulagi taka ákvarðanir um tiltekin mikilvæg málefni varðandi ólöggráða börn sín. Ekki sé ljóst af gögnum málsins hvernig með skuli fara ef aðila greinir á. Gerðarþoli heldur því fram að þá gildi afstaða þess foreldris sem fari með forsjá eða „custodia“. Rangt sé í bréfi dómsmálaráðuneytisins og í aðfararbeiðni að í bréfi dómsmálaráðuneytisins á Spáni komi fram að foreldrarnir fari saman með forsjá sonanna. Í bréfinu segi aðeins að báðir foreldrar hafi „parental responsibility“ sem gegni allt öðru máli.

Gerðarþoli eigi fjölskyldu á Íslandi. Hún hafi ekki haft tilefni til að búa lengur með sonunum í Murcia þar sem hún hafði ekki lengur nein tengsl þar. Hún hafi ekki aflað sérstakrar formlegrar heimildar til þess að flytjast til Íslands, enda hafi hún ekki talið sig þurfa þess þar sem hún hafi forsjá sonanna. Í skilnaðarsamkomulagi málsaðila sé beinlínis á því byggt að slíkt sé heimilt og gengið út frá því að breytt heimilisfesti sé eðlilegt. Hins vegar sé gert ráð fyrir 20 daga tilkynningarfresti í því skyni að komast að niðurstöðu um breytta umgengnis-

hætti. Reglan um tilkynningu sé einungis verklagsregla. Brot á þeirri reglu hafi ekki þau réttaráhrif, að það foreldri sem flytur, verði að sætta sig við að flytja aftur til upphaflegs dvalarstaðar.

Gerðarþoli mótmælir því sem fram kemur í aðfararbeiðni og í skýrslu gerðarbeiðanda hér fyrir dómi, að hún hafi tálmað samskipti föður og sona. Eins og framlögð skjöl beri með sér hafi faðirinn sent sonunum tölvupóst og þeir móttekið hann og sent honum tölvupóst á móti og bréf. Hins vegar hafi bréfin verið afar óheppilega rituð af föðursins hálfu og óholl fyrir unga drengina. Hann sýni þeim engan áhuga, en hafi sína eigin hagsmuni í fyrirrúmi. Í bréfunum hafi hann leitast við að fylla synina sektarkennd og snúa þeim gegn móður sinni. Hafi þetta ójafnvægi föðursins orðið til þess að synirnir hafi misst áhuga á að svara bréfum hans. Þá hafi faðirinn einnig haft símanúmer fjölskyldunnar á Íslandi og hringt oft til að byrja með. Þau símtöl hafi þó verið drengjunum afar erfið vegna þess að þau hefðu verið í sama dúr og bréfin.

Gerðarþoli lítur ekki á að skilyrðum 11. gr. laga nr. 160/1995 sé fullnægt, þar sem forsjáraðili hafi beinlínis heimild til að flytjast búferlum ásamt sonunum. Er á því byggt að gerðarbeiðandi hafi ekki neinn rétt til þess að krefjast þess að gerðarþoli búi áfram ásamt sonunum í Murcia eða annars staðar á Spáni þar til synirnir verði lögráða. Slíkt væri brot á mannréttindum hennar. Hins vegar eigi faðirinn rétt á umgengni við synina og hafi gerðarþoli ætíð verið reiðubúin að tryggja þann rétt föðursins. Sama eigi við um 5. gr. Haagsamningsins. Í þeirri grein sé vísað til þess að í forsjárrétti felist réttur sem varði umönnun barns, en slíkur réttur sé hjá gerðarþola. Í 12. gr. sé að finna ólögmatisskilyrði sem ekki séu uppfyllt í þessu máli. Í 2. mgr. sé að finna undantekningarreglu sem mæli fyrir um að dómari skuli hafna kröfu ef sýnt er fram á að barn hafi aðlagast hinu nýja umhverfi sínu. Á því er byggt að það ákvæði eigi við í máli þessu og að fullnægjandi gögn hafi verið lögð fram til sönnunar því.

Gerðarþoli vísar einnig til 2.-4. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995. Telur gerðarþoli alvarlega hættu á að synirnir skaðist andlega og komist í óbærilega aðstöðu ef þeim verði skilað til föður síns. Um afstöðu föðursins er vísað til framlagðra bréfa sem sýni að hann komi þannig fram við börnin að það sé andstætt hagsmunum þeirra. Þá er byggt á því að faðirinn sé ekki í aðstöðu til að hafa synina. Hann sé konsertleikari og sé oft og lengi fjarri heimili sínu. Í síðasta sumarleyfi hafi hann ekki getað sinnt sonunum nema að hluta vegna ferðalaga. Hafi þeir þá dvalið hjá föðurforeldrum, sem vegna veikinda eigi ekki gott með að hafa synina.

Gerðarþoli byggir á að drengirnir séu andvígir afhendingunni. Þeir hafi náð þeim aldri og þroska að skylt sé að taka tillit til vilja þeirra. Í þessu sambandi vísar gerðarþoli til 4. mgr. 34. gr. barnalaga svo og til ákvæða alþjóðasamnings Sp um réttindi barns, 3. gr. í European Convention on the Exercise of Children's Rights frá 25. janúar 1996. Svo sem framlögð gögn beri með sér hafi þeir þrosk-

ast vel hér á landi og aðlagast skóla sínum og skólafélögum. Jafnframt hafi þeir stundað íþróttir og fallið í hópinn þar. Námsárangur þeirra sé frábær, einnig í íslensku. Þeir hafi dvalið hjá móður sinni alla tíð. Vart sé við það miðað að móðirin flytji hvert á land þar sem faðirinn kunni að búa á hverjum tíma.

Að lokum byggir gerðarþoli á því að úrskurður um afhendingu barnanna sé ekki í samræmi við grundvallarreglur hér á landi um mannréttindi. Þar sé m.a. átt við réttinn til að ákvarða búsetu sína og rétt barna til að taka ákvarðanir um eigið líf eftir því sem þau hafi þroska til. Börn séu sjálfstæðir einstaklingar, en ekki eign annarra.

IV.

Í skýrslu gerðarbeiðanda fyrir dómi kom m.a. fram að drengjunum hefði liðið vel á Spáni og átt fjölda vina þar. Þeir hefðu verið virkir í íþróttum og tónlist. Samband föður og sona hefði verið gott og hann veitt þeim alla þá ást sem hann gat. Honum hafi verið meinað að hringja í drengina og eftir að hann kom til landsins nú fyrir tveimur dögum til þess að vera viðstaddur aðalmeðferð, hafi honum verið neitað um að hitta drengina.

Í skýrslu gerðarþola kom fram að enginn ágreiningur hafi verið um að hún fengi forsjá barnanna. Hafi hún því talið sig hafa rétt til þess að flytjast til Íslands. Hún segir gerðarbeiðanda hafa oft hringt í drengina fyrst í stað. Þau símtöl hafi verið drengjunum afar erfið vegna þess að gerðarbeiðandi hafi sakað þá um að eiga sök á brottflutningnum, talað illa um gerðarþola og komið inn hjá þeim sektarkennd. Um áramótin hafi hún ákveðið að taka fyrir símtölin nema gerðarbeiðandi sæi að sér og talaði við drengina á eðlilegum nótum. Gerðarþoli sagði að hún vildi gjarnan að drengirnir umgengjust föður sinn sem mest og mundi hún stuðla að því þegar málaferlum milli aðila væri lokið.

Í málinu hafa verið lögð fram nokkur tölvubréf frá gerðarbeiðanda til sona sinna. Í bréfunum kemur m.a. fram sú skoðun gerðarbeiðanda að móðirin hafi gert mikla skyssu sem muni kosta hana miklar þjáningar og hún geti lent í fangelsi fyrir og verði kramin eins og kakkalakki. Afi og amma á Spáni séu eyðilögð og muni ekki senda þeim neinar jólagjafir í ár. Synirnir séu orðnir grimmir og sjálfselskir og beiti gerðarbeiðanda sálfræðilegri refsingu. Þá kemur fram í bréfunum að þeir hafi sviðið föður sinn og að gerðarbeiðandi hafi farið með málið í spænska sjónvarpið. Það sé búið að gera heilmikið mál úr þessu á Spáni og að þeir séu orðnir jafnumtalaðir og flekastrákurinn frá Kúbu.

Þá hefur verið lagt fram tölvubréf frá A til föður síns, ódagsett. Þar koma fram áhyggjur drengsins yfir ójafnvægi gerðarbeiðanda, að hann skuli einungis hugsa um sjálfan sig en ekki hafa nokkurn áhuga á hvernig bræðrunum líði. Þá kemur einnig fram að það leggst þungt á drenginn að gerðarbeiðandi skyldi fara með málið í sjónvarpið á Spáni.

Í greinargerð Áskels Arnar Kárasonar sálfræðings kemur m.a. fram að A hafi alltaf búið hjá móður sinni og finnist hann vera í nánara sambandi við hana en föður sinn. Honum finnist faðir gera til sín ósveigjanlegar kröfur og ekki hlusta nægilega á óskir hans. Þó efist hann ekki um ást föður síns og vilji gjarnan hafa gott samband við hann og njóta eðlilegrar umgengni. Hann vilji ekki gera upp á milli þess að búa á Spáni eða Íslandi, segir bæði löndin hafa mikla kosti. Samband við föðurinn geti ekki orðið eðlilegt fyrr en hann sættir sig við núverandi skipun mála. Hann kemur ekki auga á neina leið til þess að róa föðurinn og telur sig þurfa að bíða eftir sinnaskiptum hans. Sálfræðingurinn telur að viðhorf drengsins mótist fyrst og fremst af hollustu við móðurina. Hann sé tengdari Spáni en Íslandi og líti á búsetu hér sem tímabundna ráðstöfun. Hann sé hændari að móður sinni en föður og yrði mjög ósáttur við að flytja búferlum til föður síns. Hann eigi sér þær vonir að faðir hans sætti sig við núverandi ástand og að þeir geti haft eðlileg samskipti á ný og hann eigi þess kost að heimsækja föður sinn á Spáni 3-4 sinnum á ári.

Í sálfræðiskýrslu dr. Gunnars Hrafnis Birgissonar segir eftirfarandi í niðurstöðu: „Athugun þessi var gerð til að kanna hug A, 13 ára, á deilum foreldra hans. Drengurinn er að mati undirritaðs heilbrigður, frisklegur og vel þroskaður í samanburði við jafnaldra. Hann virðist hæfileikaríkur, eiga gott með að læra, og hefur mörg áhugamál. Hann mælist með eðlilegan persónuþroska, félagslyndur, stöðuglyndur og þýðlyndur, laus við taugaveiklun, en væg aðstæðubundin kvíðaeinkenni finnast og svefntruflanir.

Áhyggjur drengsins virðast tengjast því að hann á erfitt með að skilja afstöðu föður, annars vegar það að faðir skuli gera kröfur um að synirnir flytji til hans án þess að spyrja þá um þeirra líðan og vilja, og hins vegar það að óljósar hótanir megí skilja í skilaboðum frá föður. Þrátt fyrir þetta þykir drengnum mjög vænt um föður og óskar þess að geta heimsótt föður í fríum eftir að friður og sátt er komin á í málinu.

Drengurinn hefur jákvæða afstöðu til bæði Spánar og Íslands. Sú afstaða hans tengist því fyrst og fremst að hann vill búa hjá móður sinni sem hann segist alltaf hafa verið hjá, mun meira heldur en hjá föður sem oft ferðaðist mikið burt frá heimili vegna atvinnu sinnar. Hvorki viðtal né prófun benti til þess að drengurinn væri undir þrýstingi frá móður né þess að hann léti auðveldlega undan slíkum þrýstingi gegn betri vitund. Að mati undirritaðs er það hagsmunum drengsins fyrir bestu að vera áfram hjá móður og að fá að hafa rúma umgengni við föður eftir að málinu lýkur.“

V.

Í málinu er ágreiningur um hvort að gerðarþola hafi verið heimilt að flytjast með drengina A og B til Íslands samkvæmt spænskum lögum.

Í málflutningi voru þessi sjónarmið reifuð. Samkvæmt gögnum málsins hefur gerðarþoli forsjá (custodia) drengjanna, en foreldrar fara sameiginlega með foreldravald (patria potestad). Í því lagahugtaki virðist felast að foreldrar taki sameiginlega ákvarðanir um mikilvæg málefni í lífi barnanna meðan þau eru ólög-ráða. Helst þetta fyrirkomulag eftir lögskilnað. Kemur fram í skilnaðarsamkomulagi aðila 8. apríl 1998, 3. gr., að synirnir skuli vera „undir vernd hennar og yfirráðarétti“ (quarda y custodia). Í 4. gr. samningsins segir jafnframt að foreldravaldið (la patria potestad) skuli báðir foreldrar fara áfram með í sameiningu með það fyrir augum að taka sameiginlega ákvarðanir er varða þroska, heilsu og menntun barnanna. Í úrskurði fjölskyldudómstólsins í Murcia 14. desember 1999 kemur fram að gerðarþoli hafi brotið þetta ákvæði með því að fara með synina til Íslands án samráðs við föðurinn. Hann hafi því misst umgengnisrétt við börnin eins og samið hafi verið um. Hafi henni borið að afla samþykkis hans og skeri fjármálaráðuneytið úr náist ekki samkomulag.

Ekki verður annað séð af gögnum málsins en að svipaðar reglur gildi á Spáni og fram koma í 40. gr. barnalaga nr. 20/1992 þar sem segir að foreldri megi ekki flytjast með barn úr landi nema því foreldri, sem umgengnisréttinn á, sé veitt færi á að tjá sig um málið og þar á meðal að bera málið undir sýslumann.

Þann 27. desember 1995 voru lögfest lög nr. 160 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl. Með þessum lögum eru lögfest ákvæði tveggja alþjóðlegra samninga, annars vegar Evrópusamningsins frá 20. maí 1980 um viðurkenningu og fullnustu ákvarðana varðandi forsjá barna og endurheimt forsjár barna sem gerður var á vegum Evrópuráðsins og hins vegar samnings frá 25. október 1980, sem gerður var á vegum Haagráðstefnunnar um einkaréttarleg áhrif á brottnámi barna til flutnings milli landa.

Í 3. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995 segir að heimilt sé að synja um afhendingu barna ef barnið er andvíggt afhendingu og hefur náð þeim aldri og þroska að rétt sé að taka tillit til skoðana þess. Sambærileg ákvæði er að finna í 13. gr. Haag-samningsins og 15. gr. Evrópusamningsins, sbr. einnig 4. mgr. 34. gr. barnalaga nr. 20/1992.

A er fæddur [...] 1987 og [...] 13 ára á þessu ári. Tveir sálfræðingar hafa rætt við hann um málið og kröfu gerðarbeiðanda. Báðir sálfræðingarnir eru þeirrar skoðunar að A sé þroskaður miðað við jafnaldra sína. Þeir telja að vilji drengsins sé að búa áfram hjá móður sinni og heimsækja og umgangast gerðarbeiðanda eins oft og kostur er. Hjá hinum dómkvadda sálfræðingi kemur fram að hvorki viðtal né prófun bendi til þess að drengurinn sé undir þrýstingi frá gerðarþola. Þá sé ekki líklegt að hann láti auðveldlega undan slíkum þrýstingi gegn betri vitund.

Ekki þykja efni til þess að fara gegn þessari niðurstöðu sálfræðingsins. Þykir vilji drengsins skýr að þessu leyti. Áðurnefnd ákvæði 3. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995, um að synja megi um afhendingu barns ef barnið er andvíggt afhendingu, eiga því við í málinu um A, sbr. einnig 13. gr. Haagsamningsins og 15. gr. Evrópusamningsins.

B er fæddur [...] 1990 og [...] 10 ára. Hann hefur eins og bróðir hans búið hjá gerðarpóla alla tíð. Ekki verður talið að það þjóni hagsmunum hans að hann verði afhentur gerðarbeiðanda og bræðurnir þannig skildir að. Hefur komið fram að þeir eru samrýmdir og hafa alist upp saman.

Samkvæmt framansögðu verða kröfur gerðarbeiðanda ekki teknar til greina og að fenginni þessari niðurstöðu þykir ekki nauðsyn á að taka afstöðu til áðurnefnds ágreinings um inntak hins spænska forsjárhugtaks.

Rétt þykir að málskostnaður falli niður.

Gunnar Aðalsteinsson kveður upp úrskurð þennan.

Ú r s k u r ð a r o r ð :

Synjað er um hina umbeðnu aðfarargerð.

Málskostnaður fellur niður.
