

Mánudaginn 20. nóvember 2000.

Nr. 405/2000. **K**

(Helga Leifsdóttir hdl.)

gegn

M

(Einar Gautur Steingrímsson hrl.)

Kærumál. Innsetningargerð. Börn.

Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 19. júlí 2000 var K fengin forsjá tveggja barna sem hún átti með M og dvöldust þá á heimili M. Með vísan til dómsins krafðist K beinnar aðfarargerðar til að fá umráð yfir börnunum. Héraðsdómur tók þá kröfu til greina með úrskurði 9. ágúst 2000 en í því máli hafði þingsókn M fallið niður. Sýslumaðurinn í Stykkishólmi ákvað 30. ágúst að framkvæma ekki gerðina þar sem dóminum frá 19. júlí hefði verið áfrýjað. Talið var að úrskurður héraðsdóms 9. ágúst 2000 stæði óraskaður sem heimild til aðfarargerðarinnar, enda hefði honum hvorki verið skotið réttilega til æðra dóms né hefði M krafist endurupptöku málsins í því skyni að fá gildi úrskurðarins hnekk samkvæmt 1. mgr. 139. gr. laga nr. 91/1991. Hefði það því ekki verið á valdi sýslumanns að meta hvort K nyti heimildar til að fá fullnægt réttindum sínum, heldur hefði honum ótvírætt borið að láta gerðina fara fram. Ákvörðun sýslumanns um að framkvæma ekki gerðina var því felld úr gildi.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Markús Sigurbjörnsson, Árni Kolbeinsson og Gunnlaugur Claessen.

Sóknaraðili skaut málinu til Hæstaréttar með kæru 30. október 2000, sem barst réttinum ásamt kærumálgögnum 8. nóvember sl. Kærður er úrskurður Héraðsdóms Vesturlands 17. október 2000, þar sem hafnað var kröfu sóknaraðila um að felld yrði úr gildi ákvörðun sýslumannsins í Stykkishólmi 30. ágúst sama árs um að innsetningargerð færi ekki fram til að veita henni umráð yfir tveimur nafngreindum börnum aðilanna. Kæruheimild er í 4. mgr. 91. gr. laga nr. 90/1989 um aðför, sbr. 102. gr. laga nr. 92/1991. Sóknaraðili krefst þess að ákvörðun sýslu-

manns verði felld úr gildi og lagt fyrir hann að framkvæma umbeðna innsetningargerð án tafar. Þá krefst sóknaraðili kærumálskostnaðar.

Varnaraðili krefst þess að hinn kærði úrskurður verði staðfestur og sóknaraðila gert að greiða kærumálskostnað.

I.

Samkvæmt gögnum málsins eiga aðilar þess tvö börn, fædd 1992 og 1995. Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 19. júlí 2000 var sóknaraðila fengin forsjá barnanna, sem dvöldust þá á heimili varnaraðila að Vindási í Eyrarsveit og munu dveljast þar enn. Hinn 26. júlí 2000 lagði sóknaraðili fyrir sama dómstól beiðni um innsetningargerð samkvæmt 12. kafla laga nr. 90/1989 til að fá umráð yfir börnunum. Var þar vísað til fyrrnefnds dóms til stuðnings því að sóknaraðili ætti rétt á að fá umráðin. Beiðnin var tekin fyrir á dómþingi 8. ágúst 2000, sem sótt var af hálfu beggja aðila, en ákveðið var að fresta málinu til þinghalds næsta dag. Þegar málið var þá tekið fyrir varð útivist af hálfu varnaraðila. Tók héraðsdómari málið til úrskurðar og kvað samdægurs upp úrskurð um heimild sóknaraðila til að fá umráð yfir börnunum með innsetningargerð. Varnaraðili kærði úrskurðinn 23. ágúst 2000. Með dómi 12. september sama árs var málinu vísað frá Hæstarétti. Var sú niðurstaða reist á því að vegna útivistar við meðferð málsins í héraði ætti varnaraðili ekki aðra kosti til að fá úrskurðinum hrundið en að leita eftir endurupptöku þess fyrir héraðsdómi samkvæmt ákvæðum XXIII. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, sbr. 1. mgr. 84. gr. laga nr. 90/1989. Af þeim sökum og með vísan til meginreglu 4. mgr. 96. gr. laga nr. 91/1991 brysti varnaraðila heimild til að skjóta úrskurðinum til Hæstaréttar. Ekki verður ráðið af fyrirbyggjandi gögnum að varnaraðili hafi krafist endurupptöku málsins í héraði.

Sóknaraðili leitaði eftir því við sýslumanninn í Stykkishólmi 10. ágúst 2000 að áðurnefndum úrskurði héraðsdóms frá 9. sama mánaðar yrði án tafar fullnægt með innsetningargerð. Sýslumaður tilkynnti sóknaraðila með bréfi 24. ágúst 2000 að hann hefði verið í sambandi við aðila málsins og starfsmann barnaverndarnefndar Snæfellsness til að stuðla að því að börnin yrðu afhent sóknaraðila án þess að til valdbeitingar þyrfti að koma. Væri ekki útséð um hvort þessi viðleitni bæri árangur. Hefði því sýslumaður í hyggju að láta innsetningargerðina bíða um sinn, en sú afstaða kæmi til endurskoðunar hinn 29. sama mán-

aðar ef varnaraðili hefði þá ekki afhent börnin. Með bréfi til sýslumanns 25. ágúst 2000 tilkynnti varnaraðili að hann hefði daginn áður áfrýjað til Hæstaréttar fyrrnefndum héraðsdómi frá 19. júlí sama árs. Var þar lýst því álitu varnaraðila að innsetningargerðin gæti ekki farið fram af þeim sökum.

Sýslumaður tók innsetningargerðina fyrir 30. ágúst 2000. Með vísan til þess að áðurnefndum dómi frá 19. júlí 2000 hafði verið áfrýjað tók sýslumaður ákvörðunina, sem deilt er um í málinu, um að framkvæma ekki gerðina.

II.

Eins og áður greinir reisti sóknaraðili beiðni sína um aðfarargerð 26. júlí 2000 á ákvæðum 12. kafla laga nr. 90/1989, sem varða útburðar- og innsetningargerðir án undangengins dóms eða réttarsáttar. Til stuðnings því að réttindi sóknaraðila til að fá umráð yfir börnum aðilanna væru svo ljós, sem áskilið er í 1. mgr. 78. gr. laga nr. 90/1989, var vitnað í beiðninni til áðurnefnds héraðsdóms frá 19. júlí 2000. Þar var hins vegar ekki byggt á dóminum sem aðfararheimild samkvæmt 1. tölulið 1. mgr. 1. gr. sömu laga. Áfrýjun þess dóms getur því ekki haft þau formlegu áhrif, sem um ræðir í 2. mgr. 5. gr. laga nr. 90/1989, á rétt sóknaraðila til að fá fullnustu með aðfarargerð.

Héraðsdómur Reykjavíkur veitti sem fyrr segir með úrskurði 9. ágúst 2000 heimild til að innsetningargerð færi fram samkvæmt umræddri beiðni sóknaraðila. Sá úrskurður stendur óraskaður sem heimild til aðfarargerðarinnar, enda hefur honum hvorki verið réttilega skotið til æðra dóms né hefur varnaraðili fengið þessu gildi hans hnekk samkvæmt 1. mgr. 139. gr. laga nr. 91/1991 í tengslum við endurupp-töku málsins fyrir héraðsdómi. Að því gættu var ekki á valdi sýslumanns að meta hvort sóknaraðili nyti heimildar til að fá fullnægt réttindum sínum, heldur bar hann ótvíræða skyldu til að láta gerðina fara fram. Verður ákvörðun sýslumanns frá 30. ágúst 2000 því felld úr gildi.

Ákvæði hins kærða úrskurðar um málskostnað og gjafsóknarkostnað skulu vera óröskuð. Rétt er að aðilarnir beri hvor sinn kostnað af kærumáli þessu.

D ó m s o r ð :

Felld er úr gildi ákvörðun sýslumannsins í Stykkishólmi 30. ágúst 2000 um að fyrrgreind innsetningargerð fari ekki fram.

Ákvæði hins kærða úrskurðar um málskostnað og gjafsóknarkostnað skulu vera óröskuð.

Kærumálskostnaður fellur niður.

Úrskurður Héraðsdóms Vesturlands 17. október 2000.

I.

Krafa um úrlausn ágreinings vegna aðfarargerðar barst dóminum hinn 15. september 2000. Greinargerð sóknaraðilja barst 22. september og greinargerð varnaraðilja 26. september. Mál þetta var þingfest 12. október 2000 og þá tekið til úrskurðar að loknum málflutningi.

Sóknaraðili er K, [...]. Lögmaður hennar er Helga Leifsdóttir hdl. Varnaraðili er M, [...]. Lögmaður hans er Einar Gautur Steingrímsson hrl.

Sóknaraðili krefst þess að úrskurðað verði, að ákvörðun sýslumannsins í Stykkishólmi 30. ágúst 2000 um að hafna kröfu sóknaraðila um afhendingu barnanna A, kt. [...]92-[...], og B, kt. [...]95-[...], sem dveljast hjá varnaraðila, M að [...], verði felld úr gildi og lagt verði fyrir sýslumann að framkvæma innsetninguna án tafar. Krafist er einnig þess, skjóti varnaraðilar úrskurði til æðra dóms, að málskot fresti ekki innsetningargerð. Krafist er málskostnaðar að skaðlausu auk 24,5% virðisaukaskatts á málflutningsþóknun úr hendi varnaraðila eins og mál þetta væri ekki gjafsóknarmál.

Af hálfu varnaraðila er þess krafist að hin umdeilda ákvörðun sýslumanns Snæfellinga verði staðfest. Með vísan til 3. mgr. 91. gr. aðfararlaga er þess krafist að kveðið verði á um það í úrskurði að málskot fresti framkvæmd hans. Þá er krafist málskostnaðar að skaðlausu, sem taki tillit til skyldu varnaraðila til að greiða virðisaukaskatt af málflutningsþóknun. Krafist er gjafsóknarkostnaðar úr ríkissjóði og málskostnaðar úr hendi sóknaraðila eins og mál þetta væri ekki gjafsóknarmál.

Báðir aðilar sóttu um gjafsókn er málið nr. E-6873/1999, forræðismálið sem síðar verður lýst, var rekið fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur. Það var þingfest 23. nóvember 1999 og dæmt 19. júlí 2000. Dómsmálaráðuneytið veitti konunni gjafsóknarleyfi hinn 4. febrúar 2000 og manninum hinn 30. júní s. á. Kröfur um gjafsóknarkostnað eru byggðar á því, að hið tilvitnaða gjafsóknarleyfi nái ekki aðeins til forræðismálsins þar til dómur gekk, heldur og til fullnustugerða til þess að ná fram hinum tildæmda rétti og ágreiningsmála um þær. Lögmaður sóknaraðila hefur upplýst að hann hafi, svo sem til öryggis, sótt sérstaklega um

gjafsóknarleyfi fyrir skjólstæðing sinn vegna ágreiningsmáls þess sem nú er úrskurðað, en ekki hafi enn náðst að afgreiða þá umsókn.

Gjafsóknarleyfi konunnar hljóðar svo:

„Með vísan til a-liðar 1. mgr. 126. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, veitist hér með K, [...], gjafsókn vegna máls er hún hefur höfðað gegn M, [...] til þess að fá sér dæmda forsjá barna þeirra, A og B.

Gjafsóknin er takmörkuð við rekstur málsins fyrir héraðsdómi.

Við rekstur málsins ber að gera þá réttarkröfu að málskostnaður verði til-dæmdur gjafsóknarhafa eins og málið væri eigi gjafsóknarmál.“

Gjafsóknarleyfi mannsins er samhljóða að breyttu breytanda.

II.

Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í málinu nr. E-6873/1999, uppkveðn-um hinn 19. júlí 2000, var sóknaraðila, konunni, dæmd forsjá framangreindra barna hennar og varnaraðila. Dómsorðið hljóðaði svo: „Stefnandi, K, skal fara með forsjá barna málsaðila, þeirra A og B.“ Síðan er kveðið á um málskostnað og gjafsóknarkostnað. Ekki er vikið að aðfararhæfi. Varnaraðili, maðurinn, áfrýjaði dóminum með áfrýjunarstefnu útgefinni af Hæstarétti hinn 24. ágúst 2000, og hafa lögmenn aðila upplýst að málflutningur sé ákveðinn í Hæstarétti 10. nóvember nk.

Áður en af áfrýjun yrði hafði dómhafinn, K, krafist innsetningar, þ.e. með aðfararbeiðni til Héraðsdóms Reykjavíkur, dagsettri 26. júlí 2000, krafist þess að tildæmdri forsjá hennar yrði komið á með beinni fógetagerð. Úrskurður var kveðinn upp hinn 9. ágúst og hin umbeðna gerð heimiluð. Honum var skotið til Hæstaréttar með kæru 23. ágúst 2000, sem barst réttinum ásamt kærumáls-gögnum 11. september. Í forsendum dóms Hæstaréttar hinn 12. september 2000 segir m.a. svo:

„Samkvæmt 4. mgr. 84. gr. laga nr. 90/1989, sbr. 102. gr. laga nr. 92/1991, sæta úrskurðir samkvæmt 13. kafla fyrrnefndu laganna kæru til Hæstaréttar. Með hliðsjón af 1. mgr. 84. gr. laga nr. 90/1989 verður að skýra þessa heimild til kæru til samræmis við almennar reglur um meðferð einkamála eftir því, sem átt getur við, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar 11. ágúst 1999 í máli nr. 301/1999. Samkvæmt endurriti úr þingbók héraðsdóms var beiðni varnaraðila um aðför fyrst tekin fyrir á dómþingi 8. ágúst 2000. Var þá sótt þing af hálfu beggja aðila og málinu frestað til næsta dags. Í þinghaldi 9. ágúst 2000 varð úti-vist af hálfu sóknaraðila. Tók héraðsdómari málið þá til úrskurðar og kvað upp samdægurs hinn kærða úrskurð. Vegna ákvæðis 1. mgr. 84. gr. laga nr. 90/1989 átti sóknaraðili eftir þetta ekki aðra kosti til að fá úrskurðinum hrundið en að leita eftir endurupptöku málsins samkvæmt XXIII. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Brestur því heimild til kæru samkvæmt meginreglu 4. mgr.

96. gr. laga nr. 91/1991, sem hér verður að leggja til grundvallar. Er því óhjákvæmilegt að vísa málinu sjálfkrafa frá Hæstarétti“

Með bréfi dags. 10. ágúst til sýslumannsins í Stykkishólmi krafðist konan þess að fram færi innsetningargerð.

Áður en sýslumaður tæki málið fyrir ritaði hann lögmanni konunnar bréf, dags. 24. ágúst 2000. Þar segir m.a. svo:

„Um framkvæmd forsjárakvarðana eru ákvæði í 75. gr. barnalaga nr. 20/1992. Meginreglan er sú að haga skuli framkvæmd aðfarar svo að sem minnst álag verði fyrir barnið. Þess vegna skulu lögreglumenn, að svo miklu leyti sem þeir liðsinna við aðför, vera óeinkennisklæddir. Þá getur sýslumaður skipað barni talsmann við aðförina ef slíkt hefur ekki verið gert áður og alltaf skal boða fulltrúa barnaverndarnefndar til að vera viðstaddan aðförina.

Lög mæla því eigi í mót að fá megi umráð barns með beinni aðfarargerð þegar sérstaklega stendur á. Hins vegar er innsetningargerð neyðarúrræði ætlað til verndar hagsmunum gerðarbeiðanda. Við framkvæmd innsetningargerðar verður að hafa í huga markmið barnalaga um að hagsmunir barns séu ætíð í fyrirrúmi og verður m.a. að líta til aldurs barns í því sambandi. Með þetta í huga hefur sýslumaður verið í símsambandi við aðila máls þessa og starfsmann barnaverndarnefndar Snæfellsness frá því að krafa um innsetningu barst í þeim tilgangi að gerðarþoli sjálfur afhendi gerðarbeiðanda börnin með milligöngu barnaverndarnefndar.

Ekki er enn með öllu útséð um það að gerðarþoli afhendi gerðarbeiðanda börnin með milligöngu barnaverndarnefndar og meðan svo er verður ekki gripið til þess neyðarúrræðis að framkvæma innsetningargerð í umráð barnanna á heimili gerðarþola, föður barnanna.

Þessi afstaða verður tekin til endurskoðunar eigi síðar en 29. ágúst nk. hafi gerðarþoli ekki afhent gerðarbeiðanda börnin þá.

Bréf þetta er einnig sent á myndsendi nr. 435 6729 til Klöru Bragadóttur starfsmanns barnaverndarnefndar Snæfellsness og myndsendi nr. 562 3484 til Einars Gauts Steingrímssonar lögmanns gerðarþola.“

Sýslumaður tók beiðnina fyrir hinn 30. ágúst 2000 að viðstöddum lögmonnum aðila og bókaði m.a.:

„Sýslumaður tekur þá ákvörðun að innsetning í forsjá barnanna A og B, fari ekki fram vegna áfrýjunar [...] samanber framlagða og útgefna áfrýjunarstefnu 24. ágúst sl. Af hálfu gerðarbeiðanda er því lýst yfir að málinu verði skotið til héraðsdóms.“ Sem fyrr segir var mál þetta þingfest hinn 12. þ.m.

III.

Helstu málsástæður sóknaraðila eru þær í máli þessu, að síðan efnisdómur var uppkveðinn 19. 7. 2000 hafi hún gert tilraunir til þess að fá varnaraðila til

þess að afhenda sér börnin með samkomulagi, en án árangurs. Embætti sýslumannsins í Stykkishólmi hafi borið að framkvæma innsetningu án tafar, en í stað þess hafi hann frestað henni og ákveðið að lokum að hafna framkvæmd innsetningar 30. 8. sl. á grundvelli andmæla varnaraðila, sem einungis hafi verið reist á því að forsjármáli E-6873/1999 hefði verið áfrýjað.

Sérstaklega er mótmælt þeirri röksemd sem sóknaraðili telur fram koma í bréfi sýslumannsins í Stykkishólmi, að hann hafi frestað innsetningargerð á grundvelli hagsmuna barnanna. Er bréfið var ritað hafi sýslumaður átt að vera búinn að taka börnin úr umráðum varnaraðila, enda þá liðinn hálfur mánuður frá því að beiðni barst embættinu.

Sóknaraðili og börnin hafi einnig þurft að sæta því að varnaraðili synjaði þeim um umgengni við dómhafa allt frá því að forsjárdómur gekk hinn 19. júlí. Varnaraðila hafi tekist að koma í veg fyrir allar samvistir sóknaraðila og barnanna allt til þessa dags, þrátt fyrir ítrekaðar samningaumleitanir af hálfu sóknaraðila um einhverja umgengni við börnin.

Þar sem sýslumaðurinn í Stykkishólmi, Ólafur Ólafsson, hafi hafnað innsetningu, kveðst sóknaraðili neyðast til þess að fá úrskurð dómsins um réttmæti ákvörðunar hans. Telur sóknaraðili að embætti sýslumannsins í Stykkishólmi hefði átt að hefjast strax handa og framkvæma innsetningu. Ekki hafi verið tiltekinn frestur í úrskurði héraðsdóms um innsetningarbeiðnina og því hefði mátt fullnægja honum þegar með aðför. Í niðurstöðu nefnds úrskurðar sé m.a. tekið fram, að fyrir liggi dómur Héraðsdóms Reykjavíkur frá 19. júlí sl. um að sóknaraðili hafi forsjá barnanna og að henni hafi þannig verið veittur ótvíræður réttur til þess að henni verði fengin forsjá barnanna og að engin rök hafi verið færð fram sem gerðu það varhugavert að orðið yrði við kröfu hennar um að umbeðin gerð færi fram.

Sóknaraðili kveðst byggja á því, að sýslumaður sé stjórnvald sem beri að framfylgja úrskurðinum um innsetningu, enda fari hvorki fram gagnaöflun eða munnlegur málflutningur við framkvæmd innsetningar í tilviki sem þessu. 75. gr. barnalaga nr. 20/1992 sé sett í því skyni að unnt sé að fylgja eftir ótvíræðum rétti sem liggur þegar fyrir. Búið hafi verið að fara með aðfararmálið fyrir dómstóla skv. 1. mgr. 75. gr. 1. nr. 20/1992 og 13. og 14. kafla 1. nr. 90/1989. Þar hefði varnaraðili, ef hann hefði eitthvað við kröfu sóknaraðila að athuga, hæglega getað haft uppi varnir. Af hálfu varnaraðila hafi verið mætt í þinghaldi hinn 8. ágúst, en þá hafi engar varnir verið færðar fram heldur beðið um frest. Ástæða þessa hafi einfaldlega sú að engar varnir hafi verið til í málinu. Réttindi sóknaraðila og barnanna um að þau kæmi aftur á heimili sitt hjá henni hafi verið skýlaus. Réttmæti kröfu sóknaraðila með þeim takmörkuðu sönnunargögnum sem heimilt er að afla við aðför hafi verið svo ríkt, að héraðsdómur hafi ekki talið varhugavert að innsetning í börnin næði fram að ganga og leyft því inn-

setningu, og það án aðfararfrests. Um þetta vísar sóknaraðili sérstaklega til 12. kafla, svo og 13. kafla l. nr. 90/1989, svo og til forsendna úrskurðar héraðsdóms. Auk þess bendir sóknaraðili á forsendur í dómi Hæstaréttar, þar sem varnaraðili kærði úrskurð héraðsdóms, en Hæstiréttur hafi vísað málinu frá dómi.

Á grundvelli þess að ítarlega rökstuddur efnisdómur frá 19. 7. 2000 hafi legið fyrir í málinu, og þar sem sóknaraðili hafi, með fulltingi lögmannna beggja aðila, starfsmanns barnaverndarnefndar Snæfellsness og fulltrúa sýslumanns, árangurslaust reynt að fá varnaraðila til þess að afhenda börnin, auk annarra atriða sem upplýst séu í málinu, hafi sýslumanni borið að framkvæma gerðina strax samkvæmt 3. mgr. 75. gr. l. nr. 20/1992.

Sóknaraðili bendir á, að í 3. mgr. 75. gr. l. nr. 20/1992 sé kveðið svo á, að sýslumaður skuli boða fulltrúa barnaverndarnefndar til að vera viðstaddan gerð, svo og talsmann barns ef hann hefur verið skipaður. Samkvæmt sömu lagagrein hafi sýslumaður einnig heimild til þess að skipa barni talsmann við aðfarargerðina, hafi það ekki verið gert áður. Lagaákvæðið tilgreini einnig að séu lögreglumenn tilkvaddir til að liðsinna við aðför, skuli þeir vera óeinkennisklæddir og reynt skuli að haga framkvæmd aðfarar svo að sem minnst álag verði fyrir barnið. Raunin hafi orðið sú, að sýslumaður hafi haft umrædd lagafyrirmæli að engu. Framganga sýslumanns í málinu sé sóknaraðila með öllu óskiljanleg, þar sem í raun virðist lítið hafa verið aðhafst í því allt frá því að beiðni barst 10. ágúst og þar til ákvörðun hafi verið tekin um höfnun gerðarinnar 30. sama mánaðar. Því er einnig mótmælt sérstaklega að sýslumaður skuli boða til fyrirtæktar aðfararbeiðni hinn 29. 8. 2000, enda hafi slík boðun verið óþörf í málinu. Verði ekki á það fallist er því sérstaklega mótmælt hvað það hafi dregist úr hömlu að taka beiðni um framkvæmd kyrrsetningar fyrir, eða þar til þrem vikum eftir að beiðni barst.

Ákvörðun sýslumanns um að synja beiðni um aðför sé á því byggð að dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 19. júlí hafi verið áfrýjað. Í bréfi lögmanns varnaraðila til sýslumanns, dags. 25. 8. 2000, andmæli lögmaðurinn framgöngu innsetningargerðar með vísan til 2. mgr. 5. gr. l. nr. 90/1989 svo og til Hrd. 1994:1389. Sóknaraðili mótmælir því að tilvitnað lagaákvæði eða dómur eigi hér við, þar sem þegar hafði fallið í málinu lögmætur úrskurður héraðsdóms um innsetningu, en einungis framkvæmdin var eftir. Ákvörðun sýslumanns hafi verið reist á því að dómi héraðsdóms í forsjármáli hafi verið áfrýjað. Beiðni um aðför hafi hins vegar verið reist á úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur en ekki dómi í forsjármálinu. Úrskurður héraðsdóms hafi verið kærður til Hæstaréttar með málskoti og vísað frá Hæstarétti. Þá sé aðfinnsluvert að svo langur tími hafi liðið frá því að beiðni um aðför var sett fram þar til sýslumaður tók beiðnina fyrir og tók ákvörðun þá sem nú er lögð fyrir héraðsdóm.

Um lagarök vísar sóknaraðili til 14. kafla laga um aðför nr. 90/1989. Byggt

sé einnig á 75. gr. barnalaga nr. 20/1992, svo og á 12. og 13. kafla laga um aðför nr. 90/1989, sbr. einnig l. nr. 91/1991. Málskostnaðarkrafa úr hendi varnaraðila sé grundvölluð á XX. kafla laga nr. 91/1991, sérstaklega á 1. mgr. 130. gr. Um kröfu um að tillit skuli tekið til virðisaukaskatts við ákvörðun málskostnaðar er vísað til laga nr. 50/1988, en sóknaraðili sé ekki virðisaukaskattsskyldur og er henni því nauðsynlegt að fá skattinn tildæmdan úr hendi varnaraðila.

Við aðalmeðferð óskaði lögmaður sóknaraðila eftir því að sóknaraðili K, [...], fengi að gefa örstutta skýrslu, svara einni spurningu, áður en málflutningur hæfist. Lögmaður varnaraðila mótmælti því ekki. Dómari féllst á beiðni lögmannsins.

Lögmaður sóknaraðila spurði aðilann hvort hún gæti í örstutta máli lýst samskiptum sínum við sýslumann Snæfellinga frá 10. ágúst sl. Aðilinn sagðist hafa byrjað á því að hringja í sýslumann 10. ágúst og biðja hann að framfylgja úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur frá 9. ágúst. Sýslumaður hefði spurt hvort hún vildi að hann tæki börnin með valdi. Hún kveðst þá hafa sagt að rétt væri að gefa varnaraðila 2ja til 3ja daga frest. Ef hann léti sér þá ekki segjast þá vildi hún að börnin yrðu tekin með valdi. Hún kvaðst hafa reynt að hringja aftur í sýslumann 14. eða 15. ágúst, en hann hefði þá verið farinn í frí og enginn fulltrúi við. Hún kveðst hafa haldið áfram að hringja og náð aftur í sýslumann eftir 6 daga. Þá hafi hann sagt henni að verið væri að vinna að málinu með barnaverndarnefnd til þess að fá varnaraðila til að skila börnunum með góðu, og jafnframt hafi hann sagst vera í sambandi við varnaraðila, sem hefði lofað að skila börnunum. Sýslumaður hafi sagt að hún yrði bara að biða.

Lögmaður varnaraðila spurði hvaða ástæður sýslumaður hefði gefið fyrir því að hann vildi ekki hraða málinu eins og sóknaraðili vildi. Sóknaraðili svaraði að hann hefði spurt sig að því hvort hún héldi að það væri börnunum fyrir bestu að sækja þau í lögreglufylgd. Hún kveðst hafa svarað því að sýslumanni kæmi ekki við hvað hún teldi börnunum vera fyrir bestu, hann ætti að vinna sína vinnu, og hefði hún þá vísað til úrskurðarins frá 9. ágúst og dómsins frá 19. júlí. Hún sagði aðspurð að hún hefði ætlað sér að vera viðstödd gerðina.

IV.

Dómkröfur varnaraðila eru einkum studdar þeirri röksemd að efnisdómur Héraðsdóms Reykjavíkur í forsjármálinu er undir áfrýjun. Það hafi ekki legið fyrir við uppkvaðningu úrskurðar héraðsdóms um að hin umbeðna gerð mætti fram fara. Um hin augljósu réttaráhrif þessarar áfrýjunar hafi sýslumaður fjallað, svo sem beri að gera þegar slík ný álitaefni koma upp við framkvæmd aðfarar, hvort sem aðfararbeiðni er beint til sýslumanns eða héraðsdóms.

Varnaraðili telur að almenna reglan sé sú, að áfrýjun fresti aðför, sbr. 2. mgr. 5. gr. aðfararlaga nr. 90/1989. Forsjármál séu engin undantekning frá þeirri

reglu, sbr. Hrd. 1994:1389. Dómari geti hins vegar kveðið svo á í dómsorði að áfrýjun fresti ekki framkvæmd, sbr. 5. mgr. 114. gr. eml. þar sem segir, að ákveða megi í dómi „eftir kröfu, ef mikilvægir hagsmunir þykja í húfi, að áfrýjun málsins hindri ekki aðför eftir dóminum, [...]“. Í forsjármálum geti hann gert það án kröfu, sbr. 2. mgr. 62. gr. barnalaga nr. 20/1992.

Forsendur og niðurstaða.

Eigi verður talið að málsmeðferð sýslumanns hafi verið svo áfátt að ómerkja beri hana án kröfu, sbr. m.a. 3. mgr. 90. gr. aðfararlaga, en dómkrafa sóknaraðila er einvörðungu um að felld verði úr gildi tiltekin ákvörðun sýslumanns. Ekki er skýrt orðuð dómkrafa um að málsmeðferð hans verði ómerkt.

Ákvörðun sú sem sýslumaðurinn í Stykkishólmi tók 30. ágúst 2000 og sóknaraðili krefst að felld verði úr gildi, hljóðar svo: „Sýslumaður tekur þá ákvörðun að innsetning í forsjá barnanna A og B, fari ekki fram vegna áfrýjunar [...]“ Eðli málsins samkvæmt ber að líta svo á að úrskurður þessi hafi átt að gilda að svo stöddu.

Það er meginregla að áfrýjun frestar aðför og er sú regla t.d. orðuð í 5. mgr. 2. gr. aðfararlaga nr. 90/1989. Undantekningu frá þeirri reglu er að finna í 5. mgr. 114. gr. eml., en þar segir, að ákveða megi í dómi eftir kröfu ef mikilvægir hagsmunir þykja í húfi að áfrýjun málsins hindri ekki aðför eftir dóminum. Um útburðar- og innsetningargerðir án undangengins dóms eða réttarsáttar er fjallað í 12. kafla aðfararlaga, greinunum 78 og 79.

Úrskurðurinn í aðfararmálinu frá 9. ágúst 2000 heimilaði hina umbeðnu gerð, en krafan um hana var byggð á 78. gr. aðfararlaga, sem fjallar um heimildir til aðfarar þótt aðfararheimild skv. 1. gr. laganna liggi ekki fyrir. Hann kvað á um að aðför mætti fara fram við þær aðstæður sem þá voru. Réttur sóknaraðila var þá svo glöggur og skýr að nægði til þess að heimila innsetningu. Nýr réttargrundvöllur skapaðist er efnisdóminum frá 19. júlí var áfrýjað. Þá var rétturinn ekki lengur glöggur og skýr og þar með fallið lagaskilyrðið fyrir beinni fógeta-gerð á grundvelli heimildarinnar í 78. grein aðfararlaga.

Samkvæmt þessu verður dómkröfum sóknaraðila hrundið og staðfest sú ákvörðun sýslumannsins í Stykkishólmi hinn 30. ágúst 2000 að hin umbeðna innsetning fari eigi fram. Óþarft er að taka fram í úrskurði þessum, að með honum er aðeins leyst úr ágreiningi um það hvað sýslumanni ber að gera að svo komnu, nánar tiltekið meðan skilyrði til beinnar fógeta-gerðar eru ekki fyrir hendi, þ.e. aðfarargerðar þótt aðfararheimild skv. 1. gr. aðfararlaga liggi ekki fyrir, en sóknaraðili lætur, sem að framan er lýst, ekki reyna á það hvort sá dómur sé aðfararheimild.

Þar sem úrskurður þessi mælir ekki fyrir um athöfn heldur um athafnaleysi, eru ekki efni til að fjalla um kröfur málsaðila um að dómari neyti heimildar 3.

mgr. 91. gr. aðfararlaga og kveði annaðhvort á um, að málskot fresti ekki innsetningargerð, svo sem sóknaraðili krefst, eða þá að málskot fresti innsetningargerð, svo sem varnaraðili krefst.

Samkvæmt þessu er dómkröfum sóknaraðila hrundið.

Rétt þykir dómara eftir atvikum og með vísan til 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 að málskostnaður falli niður.

Í máli aðila fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur nr. E-6873/1999 höfðu þau bæði gjafsókn. Fram kom í málflutningi lögmanna aðilja sú túlkun þeirra að gjafsóknin í fyrrnefnda málinu næði einnig til þessa ágreiningsmáls. Dómarinn fellst á þetta. Gjafsóknarkostnaður hvors aðila um sig er ekki annar en þóknun til lögmanna, og ákveður dómarinn að hann skuli vera kr. 140.000 til hvors þeirra, að meðtöldum virðisaukaskatti. Greiðist þessi kostnaður úr ríkissjóði.

Finnur Torfi Hjörleifsson héraðsdómari kveður upp úrskurð þennan.

Ú r s k u r ð a r o r ð :

Staðfest er sú ákvörðun sýslumannsins í Stykkishólmi hinn 30. ágúst 2000 að innsetning fari ekki fram. Málskostnaður fellur niður. Gjafsóknarkostnaður sóknaraðila, K, og varnaraðila, M, kr. 140.000 til hvors þeirra, að meðtöldum virðisaukaskatti, greiðist úr ríkissjóði.