Miðvikudaginn 13. desember 2000.

N. 426/2000. **K**

(Ólafur Birgir Árnason hrl.)

gegn

M

(Óskar Thorarensen hrl.)

Kærumál. Innsetningargerð. Börn.

Við skilnað M og K var forsjá barnsins N ákveðin sameiginleg en M skyldi vera aðalforsjáraðili og N hafa heimili hjá honum í Flórída í Bandaríkjunum. Kom N til Íslands í janúar 2000 til umgengni við K en sneri ekki aftur til M á þeim tíma sem áður hafði verið samið um. Krafðist M þess að honum yrði heimilað að fá N tekinn úr umráðum K og afhentan sér með beinni aðfarargerð. Með vísan til samkomulags aðila um tilhögun forsjár N og 11. gr. laga nr. 160/1995 var fallist á kröfu M, enda þótti ekki unnt að synja um afhendingu N á grundvelli 2.-4. tl. 12. gr. laganna.

Dómur Hæstaréttar.

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

Sóknaraðili skaut málinu til Hæstaréttar með kæru 16. nóvember 2000, sem barst réttinum ásamt kærumálsgögnum 24. sama mánaðar. Kærður er úrskurður Héraðsdóms Norðurlands eystra 6. nóvember 2000, þar sem varnaraðila var heimilað að fá nafngreindan son málsaðila tekinn úr umráðum sóknaraðila og afhentan 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 hafnað verði kröfu varnaraðila um aðfarargerð. Þá krefst hún málskostnaðar í héraði og kærumálskostnaðar.

Varnaraðili krefst þess að hinn kærði úrskurður verði staðfestur um annað en málskostnað, sem sóknaraðili verði dæmd til að greiða ásamt kærumálskostnaði.

Í hinum kærða úrskurði er greint frá samningi málsaðilanna við hjónaskilnað á árinu 1999 um forsjá sonar þeirra, sem fæddur er 1. janúar 1995, og umgengnisrétt sóknaraðila við barnið. Þar eru einnig rakin

þau ákvæði laga nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl., sem máli skipta við úrlausn ágreinings aðilanna. Jafnframt er með sama hætti gerð grein fyrir efni samnings um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa, sem gerður var í Haag 25. október 1980, svokallaðs Haagsamnings, en bæði Ísland og Bandaríkin hafa fullgilt hann. Með vísan til forsendna úrskurðar héraðsdómara verður staðfest sú niðurstaða hans að varnaraðila sé heimilt að fá son málsaðila afhentan sér með beinni aðfarargerð hafi sóknaraðili ekki sjálf látið hann í umsjá varnaraðila í Florida í Bandaríkjunum eða á annan hátt stuðlað að för hans þangað innan frests, sem er hæfilega ákveðinn einn mánuður frá uppsögu þessa dóms.

Varnaraðili hefur ekki kært úrskurð héraðsdómara fyrir sitt leyti. Þegar af þeirri ástæðu kemur ekki til álita krafa hans um endurskoðun niðurstöðu úrskurðarins um málskostnað. Að virtum atvikum málsins er rétt að hvor aðili beri sinn kostnað af því fyrir Hæstarétti.

Dómsorð:

Varnaraðila, M, er heimilt að liðnum einum mánuði frá uppsögu þessa dóms að fá N, [...] tekinn úr umráðum sóknaraðila, K, og afhentan sér með beinni aðfarargerð hafi sóknaraðili ekki áður fært hann til Bandaríkjanna eftir því, sem nánar greinir í forsendum þessa dóms.

Málskostnaður í héraði og fyrir Hæstarétti fellur niður.

Úrskurður Héraðsdóms Norðurlands eystra 6. nóvember 2000.

Mál þetta, sem tekið var til úrskurðar að loknum munnlegum flutningi 12. f.m., var þingfest þann 1. september sl.

Gerðarbeiðandi er M [...]. Gerðarbeiðandi er bandarískur ríkisborgari.

Gerðarþoli er K [...]. Gerðarþoli er íslenskur ríkisborgari.

Krefst gerðarbeiðandi dómsúrskurðar þess efnis, að sonur hans og gerðarþola, N, f. [...] 1995, bandarískur og íslenskur ríkisborgari, [...], Flórída, [...] verði tekinn af gerðarþola og afhentur gerðarbeiðanda án tafar. Þá krefst gerðarbeiðandi málskostnaðar úr hendi gerðarþola samkvæmt framlögðum málskostnaðarreikningi.

Kröfur gerðarþola eru, að kröfu gerðarbeiðanda verði synjað. Þá krefst gerðarþoli þess, að kæra málsins til Hæstaréttar fresti aðfarargerð, komi til þess að orðið verði við kröfu gerðarbeiðanda. Gerðarþoli krefst ennfremur málskostnaðar að skaðlausu úr hendi gerðarbeiðanda samkvæmt framlögðum málskostnaðarreikningi að viðbættum virðisaukaskatti.

Gerðarbeiðandi lýsir málavöxtum svo, að hann og gerðarþoli hafi gengið í hjónaband 24. október 1992 í Reykjavík. Í janúar 1995 hafi aðilar eignast soninn N [...]. Barnið hafi alist upp í Bandaríkjunum og hafi lítil sem engin samskipti haft við Ísland fyrir utan heimsókn til landsins árið 1998, þar til barnið hafi farið í heimsókn til gerðarþola í janúar sl.

Í maí 1999 hafi aðilar tekið ákvörðun um að skilja og hafi verið gengið frá skilnaðarsamningi þeirra í Flórídaríki 22. júlí 1999. Hafi forsjá verið ákveðin sameiginleg, en gerðarbeiðandi skyldi vera aðalforsjáraðili og barnið hafa heimili hjá honum. Í kjölfarið hafi gerðarbeiðandi og barnið flutt saman í íbúð en gerðarþoli tekið ákvörðun um að fara til Íslands, sem hún hafi og gert í ágúst 1999.

Þann 2. desember 1999 hafi verið kveðinn upp lokadómsúrskurður um lögskilnað hjá 6. fjölskyldudómstólnum í St. Petersburg, Pinellasýslu í Flórídaríki. Samkvæmt úrskurðinum skyldi forræði með barninu N vera sameiginlegt, en aðalforsjá vera hjá föður í Flórídaríki. Móðir skyldi hafa frjálsa umgengni við barnið innan Flórídaríkis og rétt til að hafa barnið í tveggja mánaða sumarleyfi á Íslandi á ári hverju. Þá ætti móðir rétt á að hafa barnið um jól, til skiptis í $^1/_2$ og heilt jólaleyfi.

Barnið hafi átt að fara til gerðarþola samkvæmt ákvæðum dómsúrskurðarins þann 23. desember 1999. Þar sem gerðarbeiðandi hafi talið hættu á að gerðarþoli skilaði ekki barninu til Bandaríkjanna hafi gerðarbeiðandi áfrýjað úrskurðinum til að láta reyna á ákvæðið um umgengnisrétt á Íslandi. Af fjárhagsástæðum hafi gerðarbeiðandi þurft að draga áfrýjunina til baka og í kjölfarið sent barnið til gerðarþola á Íslandi 18. janúar sl.

Gerðarþoli hafi óskað eftir að fá framlengingu á veru barnsins og hafi gerðarbeiðandi fallist á það, enda hafi hann talið mikilvægt að mæðginin yrðu meira í samskiptum eftir fimm mánaða aðskilnað. Þegar gerðarþoli hafi óskað eftir skriflegu samþykki gerðarbeiðanda þess efnis, hafi hann góðfúslega orðið við því og talið sig þar með sýna mikinn skilning og sveigjanleika í garð gerðarþola. Samkomulag hafi verið með aðilum um að lengd dvalartíma barnsins hjá gerðarþola á Íslandi yrði rædd síðar.

Eftir að gerðarþola hafi borist samkomulagið í hendur hafi hún hins vegar alfarið neitað að ræða þann þátt samkomulagsins, er varðað hafi lengd dvalartíma barnsins á Íslandi og krafist þess, að gerðarbeiðandi gengist við breyttri forsjárskipan. Jafnframt hafi gerðarþoli tilkynnt, að gerðarbeiðandi fengi ekki að umgangast barnið fyrr en fullt forræði hennar væri í höfn.

Þar sem gerðarþoli hafi alfarið neitað að afhenda gerðarbeiðanda barnið hafi hann sent beiðnir þann 12. maí og 22. júní sl. um aðstoð miðstjórnarvalds í Bandaríkjunum, til að fá barnið endurheimt á grundvelli Haagsamningsins og dómsúrskurðarins frá 2. desember 1999.

Þann 13. júlí sl. hafi dóms- og kirkjumálaráðuneytið móttekið beiðni miðstjórnarvalds í Bandaríkjunum og þann 25. júlí sl. hafi ráðuneytið óskað eftir afstöðu gerðarþola til beiðni gerðarbeiðanda. Gerðarþoli hafi skýrt afstöðu sína símleiðis tveimur dögum síðar þar sem gerðarþoli hafi greint frá því að hún myndi ekki skila barninu.

Gerðarþoli lýsir málsatvikum á þann hátt, að aðilar hafi gengið í hjónaband á Íslandi þann 24. október 1992, en búið allan sinn hjúskapartíma í Bandaríkjunum. Þau eigi saman einn son, N, sem fæddur sé í Flórída, Bandaríkjunum, þann [...] 1995. Í maí 1999 hafi hjónin slitið samvistir og gerðarbeiðandi flutt að heiman. Samkvæmt munnlegu samkomulagi aðila hafi gerðarþoli átt að hafa forsjá drengsins og búa áfram á heimili aðila ásamt syni þeirra og [...] dóttur gerðarþola. Um miðjan júní 1999 hafi gerðarbeiðandi tekið drenginn af heimili sínu án samþykkis og vitundar gerðarþola og neitað henni um að fá að sjá drenginn eða hafa nokkurt samband við hann. Þá hafi gerðarþoli höfðað mál fyrir bandarískum dómstólum og jafnframt krafist skilnaðar. Undir rekstri þess máls hafi aðilar gert með sér skilnaðarsamning, dags. 22. júlí 1999, þar sem meðal annars hafi verið kveðið á um að barnið hefði lögheimili hjá föður, en foreldrar færu sameiginlega með forsjá þess. Þrátt fyrir framangreint samkomulag hafi gerðarþoli ekki fengið að sjá son sinn og hafi þurft atbeina dómstóla til að hún fengi að hitta hann.

Gerðarþoli hafi flutt búferlum til Íslands ásamt dóttur sinni seinni hluta ágústmánaðar 1999, en þá hafi allar forsendur verið brostnar fyrir áframhaldandi dvöl hennar ytra og hafi hún ekki haft fjárhagslega burði til að höfða mál í hvert skipti sem hún vildi hitta barnið sitt.

Aðilar hafi fengið lögskilnaðarleyfi þann 2. desember 1999 og hafi skilnaðarsamningur aðila þá jafnframt verið staðfestur af héraðsdómstól í Pinellasýslu í Flórída. Samkvæmt skilnaðarsamningnum hafi drengurinn átt að vera hjá móður sinni um síðustu jól, en hún hafi hins vegar ekki fengið að hitta hann og hafi gerðarbeiðandi farið með drenginn í annað fylki í Bandaríkjunum án vitundar gerðarþola.

Um miðjan janúar 2000 hafi gerðarbeiðandi sent drenginn til gerðarþola til lengri ótímabundinnar dvalar. Samkvæmt munnlegu samkomulagi gerðarbeiðanda og gerðarþola skyldi gerðarþoli fá óskipta forsjá drengsins og hafi hann búið á Íslandi síðan með lögheimili hjá gerðarþola, eða í tæpa 9 mánuði. Gerðarbeiðandi hafi af og til hótað málaferlum til að fá drenginn aftur en ávallt dregið þau til baka og samþykkt að gerðarþoli fengi forsjá hans. Vegna þessa

óstöðugleika gerðarbeiðanda hafi gerðarþoli gefið út stefnu til að fá óskipta forsjá sonar þeirra þann 15. maí 2000, en ekki hafi enn tekist að birta stefnuna í Bandaríkjunum.

Í júní sl. hafi aðilar náð sáttum og samið um að gerðarþoli fengi óskipta forsjá drengsins og hafi ítarlega verið kveðið á um umgengni föður og sonar, sbr. tölvupóstbréf aðila dags. 10. og 20. júní sl. Ákveðið hafi verið að ganga lögformlega frá sáttagerðinni og fá staðfestingu dómstóla á henni. Aðfararbeiðni gerðarbeiðanda hafi því komið eins og þruma úr heiðskíru lofti og ekki verið í nokkru samræmi við lyktir málsins eins og gerðarþoli hafi talið þær vera.

Gerðarbeiðandi kveðst byggja kröfur sínar á því, að gerðarþoli haldi barninu N með ólögmætum hætti og hindri forsjárskipan samkvæmt dómsúrskurði frá 2. desember 1999.

Kveður gerðarbeiðandi aðila málsins fara sameiginlega með forsjá barnsins N, sbr. ákvæði úrskurðar þess sem staðfestur hafi verið fyrir dómstóli í Flóríðaríki 2. desember 1999. Gerðarbeiðandi sé hins vegar aðalforsjáraðili og hjá honum skuli barnið búa og hafa heimili. Gerðarþoli hafi fullan rétt til umgengni við barnið samkvæmt nánari ákvæðum úrskurðarins og beri að afhenda gerðarbeiðanda barnið að lokinni umgengni. Gerðarþoli hafi með því að neita að afhenda gerðarbeiðanda barnið, virt að vettugi og brotið grundvallarákvæði úrskurðarins um skipan forsjár og umgengni við barnið.

Gerðarbeiðandi kveður skilyrðum 11. gr. laga nr. 160/1995, um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl., vera fullnægt, og megi því krefjast þess að barnið verði tekið af gerðarþola og afhent gerðarbeiðanda án tafar. Kveðst gerðarbeiðandi jafnframt vísa til 3. gr. Haagsamningsins þar sem litið sé svo á, að hald á barni sé ólögmætt þegar það feli í sér brot á forsjárrétti sem maður hafi á hendi, annaðhvort einn eða með öðrum.

Þá bendir gerðarbeiðandi á skilgreiningar 5. gr. Haagsamningsins þar sem segi, að forsjárréttur feli í sér sérstakan rétt til að taka ákvörðun um búsetu barns, sbr. rétt gerðarbeiðanda samkvæmt samningi aðila, en umgengnisréttur feli í sér rétt til að fara með barn um takmarkaðan tíma til annars staðar en það búi, sbr. rétt gerðarþola samkvæmt nefndum samningi.

Kveður gerðarbeiðandi gerðarþola hafa sýnt ósveigjanlega afstöðu með því að brjóta samkomulag aðila sem byggt hafi verið á gagnkvæmu trausti og í reynd notfært sér sveigjanleika gerðarbeiðanda, varðandi þá sameiginlegu ákvörðun aðila að barnið og gerðarþoli fengju lengri tíma til samvista eftir langan aðskilnað, en neita síðan að ræða komutíma barnsins til gerðarbeiðanda þegar á hafi reynt og svo neitað að afhenda barnið til gerðarbeiðanda. Með þessu hafi hagsmunir barnsins verið algjörlega fyrir borð bornir af gerðarþola og skortur á samvinnu hennar í garð gerðarbeiðanda komi harkalegast niður á barn-

inu, sem sé skýlaust brot á samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi barna, sbr. lög nr. 18/1992.

Gerðarbeiðandi kveður afstöðu bandarískra stjórnvalda vera skýra og komi hún fram í bréfi dags. 10. júlí sl. til dóms- og kirkjumálaráðuneytisins, þar sem fram komi að gerðarþoli haldi barninu á ólögmætan hátt á Íslandi og neiti að skila því til gerðarbeiðanda, sem sé aðalforsjáraðili þess. Í greinargerð með lögum nr. 160/1995, komi fram, að við mat á því, hvort ólögmætt hald á börnum eigi sér stað og hver hafi rétt til að fá barn afhent, skuli taka mið af lögum þess ríkis sem barn hafi verið búsett í þegar það hafi verið flutt á brott eða því haldið á ólögmætan hátt. Þá segi í greinargerð um skýringu á 11. gr., að ákvæðið geti átt við þótt forsjá sé sameiginleg, ef annar aðilinn haldi barni án samþykkis hins, svo framarlega sem sú háttsemi sé ólögmæt samkvæmt lögum búseturíkisins.

Með vísan til þess sem að framan sé rakið, sbr. 12. gr. Haagsamningsins, skuli íslenskt yfirvald skipa svo fyrir, að barninu skuli þegar í stað skilað til gerðarbeiðanda. Kveðst gerðarbeiðandi minna á, að gerðarþoli skuli standa straum af för barnsins til gerðarbeiðanda.

Gerðarbeiðandi kveðst vísa til dómsúrskurðar um skilnað aðila í Flóridaríki 2. desember 1999, laga nr. 160/1995, um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl., Haagsamningsins, sbr. samning um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa, laga um aðför nr. 90/1989, aðallega 13. kafla, sbr. 12. kafla. Um málskostnað sé vísað til laga um meðferð einkamála í héraði. Þá sé vísað til dóms Hæstaréttar frá 20. júní 2000 í máli nr. 181/2000.

Gerðarþoli kveðst hafa gefið út stefnu á hendur gerðarbeiðanda til að fylgja eftir kröfu sinni um óskipta forsjá og verði málið rekið fyrir íslenskum dómstólum á grundvelli b-liðar 1. mgr. 56. gr. barnalaga nr. 20/1992. Barnið sem um sé deilt í málinu sé búsett á Íslandi og búi hjá móður sinni, sbr. búsetuvottorð og 1. gr. laga nr. 21/1990 um lögheimili. Gerðarþoli og barnið séu íslenskir ríkisborgarar og því eðlilegt að íslenskir dómstólar dæmi í forsjárdeilunni þar sem barnið sé nú búsett á Íslandi. Þegar af þeirri ástæðu geti ekki orðið um afhendingu að ræða, sbr. 1. mgr. 39. gr. barnalaga. Birting hafi að vísu ekki tekist á stefnunni í forsjármálinu, en gerðarþoli bendi á , að þeirri viðmiðun sé vikið til hliðar í úrskurði vegna forsjárdeilna milli landa, sbr. 3. mgr. 21. gr. laga nr. 160/1995, og heimilað að kveða upp úrskurði þótt stefnubirting hafi ekki tekist.

Þá kveðst gerðarþoli benda á að það sé meginregla íslensks barnaréttar, að erlendar forsjárákvarðanir hafi ekki gildi hér á landi án sérstakra samninga þar um. Lög nr. 160/1995, um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl., byggist á Evrópusamningnum frá 20. maí 1980, sem Bandaríkin séu ekki aðilar að, og Haagsamningnum frá

25. október 1980. Til að afhending á grundvelli Haagsamningsins geti farið fram þá þurfi að vera um að ræða ólögmætt brottnám barns eða ólögmætt hald þess. Hvorugu sé til að dreifa og ólögmætisskilyrðum 11. gr. laga nr. 160/1995, því ekki fullnægt. Barnið hafi komið til Íslands með samþykki gerðarbeiðanda til lengri ótímabundinnar dvalar, sbr. bréf hans dags. 18. janúar sl., „an extended stay". Samkvæmt framlögðum tölvupóstbréfum hafi drengurinn verið á Íslandi með samþykki föður í júnímánuði sl. Samkvæmt 13. gr. Haagsamningsins sé ekki skylda að skila barni ef gerðarbeiðandi hafi samþykkt eða síðar fallist á brottflutning eða hald. Beiðni gerðarbeiðanda um afhendingu sé dagsett 12. maí og verði því að telja, að með yfirlýsingu gerðarbeiðanda frá júní sl., sbr. framlögð tölvupóstbréf, um að gerðarþoli hefði óskipta forsjá barnsins þá hafi hann í raun samþykkt meint hald barnsins.

Jafnframt kveðst gerðarþoli telja, að með ofannefndum bréfaskriftum hafi gerðarbeiðandi afturkallað umboð sitt til bandarískra og íslenskra stjórnvalda. Íhlutun stjórnvalda sé því óheimil nema fyrir liggi endurnýjað umboð af hálfu gerðarbeiðanda.

Heldur gerðarþoli því fram, að samkvæmt Haagsamningnum skuli fara eftir lögum þess lands, sem barn hafi verið búsett í áður en hald hafi hafist. Með vísan til framlagðra gagna verði að telja, að meint hald hafi þá fyrst hafist er gerðarþola hafi verið kunngerð beiðni gerðarbeiðanda. Þá hafi drengurinn verið kominn með fasta búsetu á Íslandi, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1990, um lögheimili, og þar af leiðandi skuli íslensk lög gilda. Hér á landi geti foreldrar samið um hvar barn skuli búa fari þau með sameiginlega forsjá, án staðfestingar yfirvalda. Líta verði svo á, að með bréfaskiptum gerðarbeiðanda og gerðarþola í júní sl. hafi gerðarbeiðandi samþykkt búsetu barnsins hér á landi. Þar af leiðandi geti ekki orðið um afhendingu að ræða á grundvelli laga nr. 160/1995 þar sem ólögmætisskilyrði þeirra laga séu ekki uppfyllt.

Þá bendir gerðarþoli á, að það liggi ekki fyrir neinn úrskurður dómstóls um að meint hald barnsins hér á landi sé ólöglegt, sbr. að sínu leyti 15. gr. laga nr. 160/1995. Bréf starfsmanns stjórnvaldsskrifstofu í Bandaríkjunum, sem bersýnilega hafi ekki fengið réttar upplýsingar, sbr. uppgefinn skiladag í bréfi starfsmannsins til dóms- og kirkjumálaráðuneytisins dags. 2. júlí sl., verði að skoða í því ljósi, að um einhliða málatilbúnað gerðarbeiðanda sé að ræða. Á sama tíma hafi barnið verið hér á landi með fullu samþykki föðurins. Gerðarþola hafi aldrei verið gefinn kostur á að tjá sig um kröfuna og hafi enga vitneskju haft um hana fyrr en í lok júlí sl. Slík málsmeðferð sé ekki í samræmi við íslenska réttarvitund og réttarreglur og fullnusta kröfu, þannig til kominnar, því ekki samrýmanleg íslensku réttarskipulagi, sbr. 11. tl. 1. gr. laga nr. 90/1989 um aðför.

Verði ekki fallist á þá málsástæðu að lög nr. 160/1995 eigi ekki við kveðst gerðarþoli styðja kröfu sína um synjun á 12. gr. laga nr. 160/1955. Bendir gerð-

arþoli á að barninu kunni að vera hætta búin ef krafa um afhendingu nái fram að ganga. Telji hún alvarlega hættu á að sonur hennar skaðist andlega og komist í óbærilega aðstöðu, sbr. 2. tl. 12. gr. laganna, ef hann þurfi að sæta flutningi til föður síns þar sem verulegar líkur séu á, að móðir og barn verði þá aðskilin um aldur og ævi. Gerðarbeiðandi hafi ítrekað brotið skilnaðarskilmálana og hafi gerðarþoli þurft dómsúrskurð til að fá að sjá og hitta barnið sitt, sbr. úrskurð bandarísks dómstóls 2. ágúst 1999, þrátt fyrir skilnaðarsamning aðila dags. 22. júlí 1999. Einnig hafi gerðabeiðandi komið í veg fyrir að barnið hitti móður sína um síðastliðin jól eins og kveðið hafi verið á um í skilnaðarsamningnum.

Gerðarþoli kveður drenginn einungis vera 5 ára og hafi hann ávallt búið hjá móður sinni og verið í hennar umönnun, utan 5 mánaða sl. haust. Hann sé auk þess mjög tengdur hálfsystur sinni, sem búi hjá móður þeirra. Nú hafi hann verið búsettur í tæpa 11 mánuði hjá gerðarþola og ljóst sé, að aðskilnaður frá móður á þessum aldri geti haft í för með sér þvílíkt álag á barn að taka hans frá henni geti beinlínis verið skaðleg andlegri heilsu hans. Í þessu sambandi kveðst gerðarþoli vísa til tilmæla frá skóla um ráðgjöf til handa drengnum eftir að hún hafi flutt til Íslands. Þá virðist sem um hafi verið að ræða mjög slælega skólasókn drengsins í Bandaríkjunum, en engar skýringar liggi fyrir um orsakir hennar. Með vísan til framangreinds og 17. gr. laga nr. 160/1995 svo og 34. gr. barnalaga hafi gerðarþoli lagt fram beiðni um dómkvaðningu matsmanns og til starfans hafi valist Kristján Már Magnússon, sálfræðingur, og liggi matsgerð hans nú fyrir. Þá styðji gerðarþoli kröfu sína um synjun afhendingar barnsins jafnframt við greinargerð Ingþórs Bjarnasonar, sálfræðings, sbr. 3. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995, en þar komist sálfræðingurinn að þeirri niðurstöðu að hagsmunir barnsins séu best tryggðir með því að vera áfram hjá móður sinni og systur og taki hann sérstaklega fram, að mikilvægt sé að drengurinn aðskiljist ekki frá systur sinni.

Bendir gerðarþoli ennfremur á 13. gr. Haagsamningsins, en þar sé kveðið á um að dómstólar skuli taka tillit til upplýsinga um félagslega hagi barns. Eins og sjá megi af gögnum málsins hafi drengurinn aðlagast mjög vel og sé hann í góðu jafnvægi, sbr. einnig 2. mgr. 12. gr. Haagsamningsins, en þar sé að finna undantekningarreglu sem mæli fyrir um, að dómari skuli hafna kröfu ef sýnt sé fram á að barn hafi aðlagast hinu nýja umhverfi sínu.

Gerðarþoli kveður dómstóla hljóta að hafa í huga við skýringu á 12. gr. laga nr. 160/1995 þá meginreglu íslensks barnaréttar, að alltaf skuli hafa það að leiðarljósi sem barni sé fyrir bestu. Ekkert liggi fyrir um áform gerðarbeiðanda um barnið, hver eigi að annast það og við hvaða aðstæður það þurfi að búa. Hann muni þurfa að fara í bakuppskurð í haust sem þýði rúmlegu í marga mánuði. Ljóst sé að gerðarbeiðandi hafi enga aðstöðu fyrir barnið, hann búi hjá vinkonu sinni sem barnið þekki lítið sem ekkert og þá sé hann öryrki

og fjárhagur hans mjög bágborinn. Gerðarþoli hafi hins vegar annast barnið frá fæðingu þess.

Kveðst gerðarþoli ekki hafa í hyggju að hamla umgengni gerðarbeiðanda við barnið, verði afhendingu hafnað og sé hún reiðubúin til að gera samkomulag um að það dvelji hjá föður sínum í leyfum, jólaleyfi, páskaleyfi og sumarleyfi eftir því sem unnt sé að koma slíku við. Gerðarþoli kveðst einnig reiðubúinn að beita sér fyrir því að gerðarbeiðandi hafi samband við barnið með reglubundnum hætti svo sem í síma eða með tölvutækni.

Þá kveðst gerðarþoli mótmæla því sem fram komi í aðfararbeiðni, að gerðarbeiðandi sé „aðalforsjáraðili", en samkvæmt skilnaðarsamningi aðila fari þau sameiginlega með forsjá drengsins.

Að endingu kveður gerðarþoli afhendingu barnsins undir þeim kringumstæðum sem að ofan séu raktar og með þeirri raunhæfu hættu á að barnið sjái aldrei móður sína aftur, vera andstæða íslenskum barnarétti, íslenskri réttarvitund og alþjóðasamningi SÞ um réttindi barns. Hún sé heldur ekki í samræmi við grundvallarreglur hér á landi um verndun mannréttinda og beri því að synja um afhendingu barnsins á grundvelli 4. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995.

Aðilar gáfu skýrslu fyrir dómi við aðalmeðferð málsins, svo og sálfræðingarnir Kristján Már Magnússon og Ingþór Bjarnason.

Álit dómsins.

Hvorki verður af orðum 39. gr. barnalaga nr. 20/1992 né athugasemdum í greinargerð við greinina ráðið, að henni hafi verið ætlað að koma í veg fyrir flutning barna úr landi samkvæmt beinum lagafyrirmælum, en þegar barnalögin tóku gildi voru ekki í íslenskum lögum ákvæði sambærileg þeim, sem nú eru í lögum nr. 160/1995. Þá verður jafnframt að hafa í huga þá meginreglu íslensks réttar, að yngri lög gangi framar þeim eldri. Er það því niðurstaða dómsins, að 39. gr. barnalaga nr. 20/1992 standi því ekki í vegi, að beitt verði ákvæðum laga nr. 160/1995 í málinu.

Við meðferð málsins fyrir dóminum sammæltust aðilar um að fá Lúðvík Emil Kaaber, héraðsdómslögmann, til að skýra merkingu nokkurra orða í lokaúrskurði héraðsdóms í sjötta umdæmi í Pinellasýslu, Flóridaríki, um upplausn hjónabands aðila, dags. 2. desember 1999. Niðurstöður Lúðvíks dags. 21. september sl., sem dómurinn telur að fallast megi á, voru þær, hvað varðar ákvæði um forsjá yfir drengnum N, að aðilar fari sameiginlega með forsjá drengsins og að hann skuli fyrst og fremst dveljast hjá gerðarbeiðanda. Verður að taka undir þá ályktun Lúðvíks, að lögheimili drengsins skuli samkvæmt úrskurðinum vera hjá gerðarbeiðanda.

Í athugasemdum við 11. gr. í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 160/1995 er sérstaklega tekið fram, að ákvæði 11. gr. geti átt við þó að forsjá sé sameig-

inleg og annar forsjáraðilinn hafi farið með barnið eða haldi því án samþykkis hins, svo framarlega sem sú háttsemi sé ólögmæt samkvæmt lögum búseturíkisins.

Samkvæmt athugasemdum í nefndri greinargerð skal við mat á því, hvort ólögmætt hald á börnum eigi sér stað, taka beint mið af lögum þess ríkis, sem barn hafi verið búsett í þegar því hafi verið haldið á ólögmætan hátt. Verður við mat á því, hvar drengurinn N hafi verið búsettur er hið meinta ólögmæta hald hófst, að byggja á fyrirmælum úrskurðarins frá 2. desember 1999, og slá því föstu, að drengurinn hafi verið búsettur hjá föður sínum í Flóridaríki í Bandaríkjunum. Um mat á framangreindu verður því að miða við lög nefnds ríkis.

Samkvæmt bréfi Mariu I. Hart, starfsmanns í deild erlendra sendiráða í bandaríska utanríkisráðuneytinu, dags. 10. júlí 2000, er hald gerðarþola á drengnum ólögmætt, en ekki verður annað séð en ráðuneytið hafi haft vitneskju um þau efnisatriði sem máli skipta við mat á ólögmæti haldsins, þ.e. fyrirkomulag forsjár, fastan dvalarstað barnsins og umgengnisrétt móður.

Að mati dómsins geta tölvupóstsamskipti aðila, þar sem fram koma misvísandi skilaboð frá gerðarbeiðanda, ekki leitt til þeirrar niðurstöðu að líta verði svo á, að ákvæði framangreinds dómsúrskurðar frá 2. desember 1999 um fastan dvalarstað drengsins N séu fallin úr gildi, enda væri slík niðurstaða í andstöðu við ákvæði úrskurðarins.

Í greinargerð Ingþórs Bjarnasonar sálfræðings kemur m.a. fram, að drengurinn N hafi jákvæð og sterk tilfinningatengsl við báða foreldra sína. Drengurinn lýsi föður sínum jákvætt og segi hann skemmtilegan og góðan við sig. Kveður Ingþór raunverulegan vilja drengsins um dvalarstað virðast vera, að hann búi í Bandaríkjunum, en að því gefnu að móðir hans og A systir hans séu þar einnig og búi hjá föður hans. Telur Ingþór tengsl drengsins við móður vera sterk og þá hafi hann mjög sterk tengsl við A systur sína og þau hvort við annað. Er það álit Ingþórs að hagsmunir N séu best tryggðir með því að hann verði áfram hjá móður og systur, en vegna sterkra tengsla við föður verði að tryggja honum rúma umgengni við hann.

Í greinargerð Kristjáns M. Magnússonar kemur m.a. fram, að vilji N virðist vera að hann búi í Bandaríkjunum, en þá að því gefnu að móðir hans og A búi þar einnig og að fjölskyldan geti sameinast. Þá kveður Kristján tengsl drengsins við föður vera sterk. Telur Kristján líklegt að það yrði N erfitt að aðskiljast frá móður sinni og flytjast til föður síns, þrátt fyrir að tengsl hans við föðurinn séu sterk ekki síður en við móðurina. Þá yrði rof á tengslum við A systur hans bæði honum og A mjög erfið.

Af framangreindum greinargerðum sálfræðinganna er ljóst að drengurinn N er í góðum og sterkum tengslum við báða foreldra sína. Með vísan til ofan-

greinds og athugasemda við 2.-4. tl. 12. gr. í frumvarpi til laga nr. 160/1995 telur dómurinn ekki gerlegt að synja gerðarbeiðanda um afhendingu drengsins með vísan til nefndrar greinar.

Með vísan til alls þess sem að framan hefur verið rakið er það niðurstaða dómsins, sbr. ákvæði 11. gr. laga nr. 160/1995, að fallast verði á þá kröfu gerðarbeiðanda að sonur hans og gerðarþola, N, f. [...], verði tekinn af gerðarþola og afhentur gerðarbeiðanda. Rétt þykir hins vegar að gerðarþoli fái tækifæri til að afhenda gerðarbeiðanda drenginn, enda myndu slík málalok vera án minnstrar röskunar og álags fyrir drenginn. Geri varnaraðili það hins vegar ekki er gerðarbeiðanda heimilt að fá drenginn tekinn úr umráðum gerðarþola og afhentan sér að liðnum einum mánuði frá uppkvaðningu þessa úrskurðar.

Gerðarþoli gerir þá kröfu í málinu, að kæra úrskurðar þessa til Hæstaréttar fresti aðfarargerð. Samkvæmt 13. gr. laga nr. 160/1995 skal farið með beiðni um afhendingu barns samkvæmt Haagsamningnum eftir lögum um aðför nr. 90/1989, að öðru leyti en leiði af ákvæðum V. kafla laga nr. 160/1995. Í 2. mgr. 5. gr. laga um aðför nr. 90/1989 segir, að ef áfrýjunarstefna hafi verið gefin út vegna aðfararheimildar innan almenns áfrýjunarfrests, verði ekki af fyrirtöku aðfararbeiðni meðan mál sé rekið fyrir æðra dómi, nema mælt sé svo fyrir í lögum eða viðkomandi dómi eða úrskurði að áfrýjun fresti ekki aðför. Með sama hætti fari um úrskurði, sem sæti kæru til æðra dóms, ef kært sé innan kærufrests. Í lögum nr. 160/1995 eru engin ákvæði þess efnis, að kæra fresti ekki framkvæmd aðfarar. Því gildir meginregla 2. mgr. 5. gr. aðfararlaga, komi til kæru úrskurðar þessa til Hæstaréttar. Þykja af þeim sökum ekki efni til að taka upp í úrskurð þennan fyrirmæli, sem leiða beint af nefndum lagaákvæðum.

Rétt þykir að málskostnaður falli niður.

Úrskurð þennan kvað upp Ásgeir Pétur Ásgeirsson héraðsdómari.

Úrskurðarorð:

Gerðarbeiðanda, M, er heimilt að liðnum einum mánuði frá uppkvaðningu þessa úrskurðar að fá drenginn N tekinn úr umráðum gerðarþola, K, og afhentan sér með beinni aðfarargerð, hafi gerðarþoli ekki áður fært hann til Flóridaríkis í Bandaríkjunum.

Málskostnaður fellur niður.