

Þriðjudaginn 12. desember 2000.

Nr. 403/2000. **M**

(Einar Gautur Steingrímsson hrl.)

gegn

K

(Dögg Pálsdóttir hrl.)

Kærumál. Innsetningargerð. Börn.

Eftir skilnað M og K fluttist sonur þeirra, B, í janúar 1999 á heimili M í Noregi, samkvæmt samkomulagi málsaðila. Kom B eftir það nokkrum sinnum til Íslands til umgengni við K, síðast 13. júlí 2000. Átti hann að halda aftur til M réttum mánuði síðar. Ekki varð af þeirri utanför. Krafðist M þess að B yrði tekinn úr umráðum K með beinni aðfarargerð og fenginn sér. Talið var að á grundvelli samkomulags aðila hefði M haft með höndum rétt til að annast B eftir norskri löggjöf. Varð ekki annað ályktað en að M hefði einnig í reynd farið með þann rétt þar til B hélt til Íslands 13. júlí 2000. Því var litið svo á að K héldi B á ólögmetan hátt fyrir M, sbr. 11. gr. laga nr. 160/1995 og 3. gr. Haagsamningsins. Þá lá ekkert fyrir sem gaf tilefni til að synja um afhendingu drengsins á grundvelli ákvæðis 3. töluliðar 12. gr. laga nr. 160/1995, né annarra atriða sem þar um ræðir. Varð því orðið við kröfu M um innsetningargerð.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Garðar Gíslason, Árni Kolbeinsson og Markús Sigurbjörnsson.

Sóknaraðili skaut málinu til Hæstaréttar með kæru 27. október 2000, sem barst réttinum ásamt kærumálsgögnum 6. nóvember sl. Kærður er úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 13. október 2000, þar sem hafnað var kröfu sóknaraðila um að sér yrði heimilað að fá nafngreindan son málsaðila, fæddan 1989, tekinn úr umráðum varnaraðila og fenginn 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 aðfarargerðin verði heimiluð. Þá krefst hann málskostnaðar í héraði og kærumálskostnaðar úr ríkissjóði, svo og að varnaraðila verði gert

að greiða málskostnað í héraði og fyrir Hæstarétti án tillits til þess hvort fallist verður á greiðslu málskostnaðar úr ríkissjóði.

Varnaraðili krefst þess aðallega að hinn kærði úrskurður verði staðfestur, en til vara að málinu verði vísað frá héraðsdómi. Í báðum tilvikum krefst hún kærumálskostnaðar án tillits til gjafsóknar, sem henni hefur verið veitt fyrir Hæstarétti.

I.

Samkvæmt gögnum málsins kynntust aðilar þess 1986 og hófu sambúð nokkru síðar, en gengu í hjúskap 26. mars 1997. Þau eiga saman tvo syni, fædda 1989 og 1993, og dóttur fædda 1991. Nokkru eftir stofnun hjúskapar fluttust aðilarnir með börnum sínum til Noregs. Þar fengu þau leyfi yfirvalds til skilnaðar að borði og sæng 5. maí 1998. Var þá ákveðið að þau færu sameiginlega með forsjá barnanna, sem yrðu með lögheimili hér á landi hjá varnaraðila. Ágreiningur reis eftir þetta milli aðilanna um hvar eldri sonur þeirra ætti að eiga heimili. Af því tilefni sömdu þau 30. desember 1998 um að leita eftir álitni nafngreinds sálfræðings, meðal annars til að ganga úr skugga um hjá hvoru þeirra drengurinn vildi búa, og að hlíta niðurstöðum þess. Var álitssgerðinni lokið 4. janúar 1999 og niðurstaðan á þann veg að hagsmuna drengsins yrði betur gætt og þörfum hans betur fullnægt með því að hann byggi hjá sóknaraðila. Þessu til samræmis gerðu aðilarnir samning 8. janúar 1999, þar sem meðal annars kom fram að þau hefðu ákveðið að lögheimili drengsins flyttist til sóknaraðila í Noregi.

Aðilarnir gerðu skilnaðarsamning 25. júní 1999 í tengslum við „fyrirtöku hjónaskilnaðarmáls ... hjá sýslumanninum í Reykjavík“, en um tilefni þeirrar fyrirtöku liggja ekki fyrir nánari gögn í málinu. Í samningnum var meðal annars tekið fram að aðilarnir færu sameiginlega með forsjá barna sinna. Skyldi eldri sonur þeirra eiga lögheimili í Noregi hjá sóknaraðila, en hin börnin tvö hér á landi hjá varnaraðila.

Í málinu liggur fyrir bréf sýslumannsins í Reykjavík 13. júlí 1999 um staðfestingu á samningi aðilanna um meðlag. Þar var lýst að aðilarnir færu sameiginlega með forsjá eldri sonar síns og hefðu í upphafi samið um að hann hefði lögheimili hjá varnaraðila. Sagði síðan eftirfarandi: „Aðilar hafa nú gert með sér samkomulag um að barnið ... hafi lögheimili hjá föður og að móðir greiði föður einfalt meðlag með því ... til 18 ára aldurs. Samkomulag þetta byggist á vottuðum samn-

ingi foreldra, dags. 5. febrúar og 18. júní 1999 og lagður var fram hjá embætti sýslumannsins í Reykjavík þann 30. júní 1999. Með vísan til 17. gr. barnalaga nr. 20/1992 staðfestist hér með ofangreint samkomulag aðila um greiðslu framfærslueyris.“

Óumdeilt er að umræddur sonur aðilanna hafi flust í janúar 1999 á heimili sóknaraðila í Noregi. Hann hafi eftir það komið nokkur skipti til Íslands til umgengni við varnaraðila. Síðast hafi hann komið í því skyni hingað til lands 13. júlí 2000 og átt að halda aftur utan til sóknaraðila réttum mánuði síðar. Ekki hafi orðið af þeirri utanför og varnaraðili tjáð sóknaraðila að drengurinn vildi ekki fara aftur til Noregs. Upp frá því mun drengurinn hafa dvalist hér á landi hjá varnaraðila. Fyrir liggur að hún höfðaði mál á hendur sóknaraðila fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur 18. ágúst 2000 til að fá fellt úr gildi samkomulag þeirra um sameiginlega forsjá barnanna og fá sér dæmda forsjána. Upplýsingar hafa ekki verið lagðar fram um afdrif þess máls.

Sóknaraðili lagði 21. ágúst 2000 fyrir Héraðsdóm Reykjavíkur beiðni um heimild til þeirrar innsetningargerðar, sem mál þetta er rekið um. Greint er frá málsástæðum aðilanna í hinum kærða úrskurði, sem var kveðinn upp með tveimur sérfróðum meðdómsmönnum, en í honum var kröfu sóknaraðila sem fyrr segir hafnað. Fyrir Hæstarétti hefur sóknaraðili aðallega reist kröfu sína á ákvæðum samnings um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa, sem var gerður í Haag 25. október 1980, sbr. lög nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl. Samningur þessi verður hér á eftir nefndur Haagsamningurinn.

II.

Sóknaraðili hefur ekki lagt kröfu sína um innsetningargerð fyrir dómstóla hér á landi eftir þeim leiðum, sem um ræðir í 15. gr., sbr. 5. gr. laga nr. 160/1995. Eins og ótvírætt var ráðgert í skýringargögnum varðandi setningu þeirra laga stendur þetta þó ekki í vegi því að um kröfu sóknaraðila verði beitt ákvæðum laganna og Haagsamningsins, sem bæði Ísland og Noregur eru aðilar að.

Af þeim gögnum, sem rakin eru hér að framan, liggur fyrir í málinu að aðilarnir höfðu sameiginlega forsjá eldri sonar síns, sem átti þó meðal annars samkvæmt samningum aðilanna, sem lagðir voru fyrir

yfirvöld hér á landi, heimili hjá sóknaraðila. Á þeim grunni hafði sóknaraðili með höndum rétt til að annast drenginn eftir norskri löggjöf, sem gögn hafa verið lögð fram um í málinu, sbr. lov om barn og foreldre nr. 7, 8. apríl 1981 með áorðnum breytingum. Af þeim atvikum, sem áður er greint frá, verður ekki annað ályktað en að sóknaraðili hafi einnig í reynd farið með þann rétt þar til drengurinn hélt til Íslands 13. júlí 2000 til umgengni við varnaraðila. Verður samkvæmt þessu að líta svo á að varnaraðili haldi drengnum á ólögmætan hátt fyrir sóknaraðila, sbr. 11. gr. laga nr. 160/1995 og 3. gr. Haagsamningsins.

Eins og greinir í hinum kærða úrskurði áttu dómendur í héraði einslegt viðtal við son aðilanna áður en málið var tekið til úrskurðar. Segir um efni viðtalsins í úrskurðinum að drengurinn hafi ekki tekið afgerandi afstöðu eða sagt berum orðum á hvorum staðnum hann vildi búa. Liggur þannig ekkert fyrir, sem gefur tilefni til að synja um afhendingu drengsins á grundvelli ákvæðis 3. töluliðar 12. gr. laga nr. 160/1995. Koma ekki í því skyni heldur til athugunar önnur atriði, sem um ræðir í tilvitnaðri lagagrein.

Ekki verður fallist á með varnaraðila að ákvæði 75. gr. barnalaga nr. 20/1992 fái nokkru breytt um heimild sóknaraðila til að fá son þeirra afhentan sér með innsetningargerð, enda sækir sóknaraðili ekki þangað stoð fyrir kröfu sinni, heldur til áðurgreindra ákvæða laga nr. 160/1995 og Haagsamningsins. Þá hefur varnaraðili engin haldbær rök fært fyrir varakröfu sinni um frávísun málsins frá héraðsdómi.

Samkvæmt öllu framansögðu standa ekki efni til annars en að verða við kröfu sóknaraðila um innsetningargerð. Af aðfaraorðum Haag-samningsins er sýnt að honum sé ætlað að stuðla að því að barni, sem í skilningi hans er haldið í öðru ríki á ólögmætan hátt, verði skilað til þess ríkis, þar sem það réttilega var búsett áður en til farar þess kom. Þessum tilgangi yrði náð með því að varnaraðili færi sjálf með son aðilanna til Noregs og léti hann þar í umsjá sóknaraðila eða stuðlaði á annan hátt að för drengsins þangað, en af orðalagi 1. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995 verður ekki ályktað að nauðsyn beri til að honum verði skilað með því að færa hann hér á landi í hendur sóknaraðila. Láti varnaraðili hins vegar ekki verða af því að skila drengnum til Noregs á þennan hátt verður ekki undan því vikist að afhending hans 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 drenginn tekinn úr umráðum varnaraðila og afhentan sér með innsetningargerð, sem fara má fram til fullnustu á skyldu varnaraðila að liðnum þremur vikum frá uppsögu þessa dóms, hafi hún ekki áður orðið við skyldu sinni á þann hátt, sem áður greinir.

Ekki er viðhlítandi lagastoð fyrir að dæma sóknaraðila málskostnað úr ríkissjóði. Að því gættu verður ákvæði hins kærða úrskurðar um málskostnað og gjafsóknarkostnað staðfest, en rétt er að kærumálskostnaður falli niður. Um gjafsóknarkostnað varnaraðila fyrir Hæstarétti fer samkvæmt því, sem í dómsorði greinir.

D ó m s o r ð :

Sóknaraðila, M, er heimilt að liðnum þremur vikum frá uppsögu þessa dóms að fá B, kt. [...], tekinn úr umráðum varnaraðila, K, og afhentan sér með beinni aðfarargerð, hafi varnaraðili ekki áður fært hann til Noregs eftir því, sem nánar greinir í forsendum þessa dóms.

Ákvæði hins kærða úrskurðar um málskostnað og gjafsóknarkostnað eru staðfest.

Kærumálskostnaður fellur niður.

Allur gjafsóknarkostnaður varnaraðila fyrir Hæstarétti greiðist úr ríkissjóði, þar með talin málflutningsþóknun lögmanns hennar, 150.000 krónur.

Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 13. október 2000.

Mál þetta barst Héraðsdómi Reykjavíkur hinn 21. ágúst sl. Það var þingfest hér í dómi 28. ágúst sl. en tekið til úrskurðar að afloknum aðilaskýrslum og munnlegum málflutningi, sem fram fór 6. október sl.

Málsaðilar eru:

Gerðarbeiðandi er M, kt. [...], Skien, Noregi.

Gerðarþoli er K, kt. [...], Reykjavík. Eftirleiðis verður vísað til málsaðila sem sóknaraðila og varnaraðila.

Varnaraðili, K, krafðist aðallega frávísunar málsins. Þeirri kröfu hennar var hafnað með úrskurði uppkveðnum 2. október sl.

Dómkröfur málsaðila í efnisþætti málsins eru þessar:

Sóknaraðili krefst dómsúrskurðar um að sonur málsaðila, B, kt. [...], verði með beinni aðfarargerð tekinn úr umsjá varnaraðila og honum fengin umsjá hans. Þá krefst sóknaraðili málskostnaðar að mati dómsins.

Varnaraðili krefst þess aðallega, að hafnað verði kröfu sóknaraðila um að úrskurðað verði, að B verði með beinni aðfarargerð tekinn úr umsjá hennar og sóknaraðila fengin umsjá hans.

Til vara gerir varnaraðili þá kröfu, að málskot fresti framkvæmd aðfarar, verði fallist á kröfu sóknaraðila, þar til niðurstaða liggir fyrir í kærumáli til Hæstaréttar.

Í báðum tilvikum er krafist málskostnaðar úr hendi sóknaraðila að mati dómsins.

Málavextir, málsástæður og lagarök.

Málsaðilar hófu sambúð á árinu 1986, en gengu í hjúskap á árinu 1997. Þau eignuðust þrjú börn. Þau eru: B, kt. [...], C, kt. [...] og D, kt. [...]. Málsaðilar fluttu til Noregs á árinu 1997. Varnaraðili flutti til Íslands með börn þeirra, m.a. B, á fyrri hluta ársins 1998 án samráðs við sóknaraðila og sleit þannig hjúskap þeirra. Varnaraðili sótti um skilnað að borði og sæng hjá Fylkesmannen í Östfold í Noregi 31. mars 1998 og féllst sóknaraðili á umsóknina með undirritun sinni 3. maí s.á. Jafnframt var þar ákveðið að forsjá barnanna væri sameiginleg en þau skyldu búa hjá varnaraðila á Íslandi. Því er haldið fram af hálfu sóknaraðila, að B hafi eindregið lýst yfir vilja til þess að búa hjá honum. Hafi svo um samist milli málsaðila, að drengurinn flyttist til sóknaraðila, þegar hann hefði útvegað sér fasta vinnu í Noregi og orðið sér úti um húsnæði þar, en hann hafði áður sagt upp vinnu sinni í Noregi og ráðgert að flytjast til Íslands til að vera nær börnum sínum. Í septembermánuði 1998 hafi sóknaraðila bæði tekist að fá húsnæði og fasta vinnu, en þá hafi varnaraðili neitað að senda B til Noregs. Sóknaraðili hafi því komið til landsins um jólin 1998 í því skyni að leysa úr þessum ágreiningi um dvalarstað drengsins.

Málsaðilar ákváðu með samkomulagi dagsettu 30. desember 1998 að fela óvilhöllum sálfræðingi, Jóhanni B. Loftssyni, að ganga úr skugga um og gefa álit á vilja B um það hjá hvoru foreldra sinna hann vildi búa í framtíðinni. Sálfræðingurinn komst að þeirri niðurstöðu, að hagsmunum B væri betur gætt og þörfum hans betur fullnægt í umsjá föður, M, eins og segir í niðurstöðu skýrslu hans, sem dagsett er 4. janúar 1999. Í kjölfar þessarar niðurstöðu gerðu málsaðilar með sér samkomulag, sem dagsett er 8. janúar 1999 og er svohljóðandi: „Við erum sammála um að virða sjálfstæðan vilja drengsins að því er varðar búsetu hans í framtíðinni. Þar til hann verður 12 ára skal fara fram mat á vilja hans og hvað honum er fyrir bestu með sama hætti og gert var nú við ákvörðun um flutning hans til föður. Eftir að drengurinn verður 12 ára skal fyrst og fremst

taka mið af vilja hans í þessu efni. Vilja hans skal í báðum tilvikum staðreyna með skoðun og mati með hefðbundnum hætti og skal leita til sérfræðinga á því sviði í Noregi og Íslandi.“

Hinn 13. júlí s.á. staðfestu málsaðilar samning um meðlag hjá sýslumanninum í Reykjavík. Efni samningsins var á þá leið, að þau hefðu sameiginlega forsjá barna sinna, en B skyldi eiga lögheimili hjá föður sínum í Noregi og móðir hans greiða föður einfalt meðlag með honum frá 1. maí 1999 til 18 ára aldurs.

Í júlímánuði sl. fór B til Íslands til samvista við varnaraðila. Í tölvubréfi, sem Dögg Pálsdóttir hrl., lögmaður varnaraðila, sendi sóknaraðila og dagsett er 20. júní sl., segir svo: „Umbj. m. hefur skýrt mér frá því að þið hafið munnlega komist að eftirfarandi samkomulagi um umgengni foreldra við börnin sumarið 2000. Yngri börnin fara til föður til Noregs aðfaranótt 23. júní og koma á ný til Íslands til móður 5. ágúst. Elsti sonurinn fer til móður til Íslands 13. júlí og fer á ný til Noregs til föður 13. ágúst. Vinsamlegast staðfestu þetta samkomulag með því að svara þessu skeyti.“

Ekki gekk það eftir, að B færi aftur til Noregs hinn 13. ágúst sl., eins og ákveðið hafði verið. Því hefur sóknaraðili leitað úrlausnar héraðsdóms um afhendingu hans.

Varnaraðili höfðaði forsjármál og krafðist forsjár allra barnanna. Málið var þingfest hér í dómi 5. september sl. Sama dag lagði varnaraðili fram beiðni um bráðabirgðaforsjá barnanna. Loks mætti varnaraðili hjá sýslumanninum í Reykjavík hinn 18. ágúst sl. og afturkallaði samþykki sitt frá 13. júlí 1999 fyrir því, að lögheimili B skyldi vera í Noregi.

Málsástæður og lagarök sóknaraðila.

Til viðbótar því, sem að framan er rakið lýsir sóknaraðili málavöxtum svo:

D hafi lýst yfir vilja sínum til að fá að dvelja í Noregi hjá föður sínum, ásamt B bróður sínum á komandi vetri. Varnaraðili hafi fallist á það fyrirkomulag. Hafi D átt að koma til baka frá Noregi 13. júlí sl. en fara með bróður sínum til Noregs 13. ágúst sl. Varnaraðili hafi viku áður en að þessu skyldi koma tjáð sóknaraðila, að ekkert yrði af því að D færi til Noregs með bróður sínum. Hann hafi síðan hinn 13. ágúst farið út á flugvöll til að taka á móti B en hann hefði ekki komið með flugvélinni. Varnaraðili hafi hringt í sig síðar þennan dag og tjáð sér að B vildi ekki koma til Noregs. Hann hafi ekki fengið að ræða við drenginn, þar sem hann hafi verið úti að leika sér. Degi síðar hafi hann fengið að ræða við drenginn og hafi þá komið í ljós, að B saknaði mjög systkina sinna, en svikið loforð um að þeir bræður fengju að búa saman í Noregi hafi einkum valdið honum hugarangri og mótað afstöðu hans. Sóknaraðili hafi því farið rakleiðis til Íslands og hitt B og D eina heima. Honum hafi virst B mjög sár yfir því að

bræðurnir skyldu ekki fá að fara saman til Noregs. Þegar varnaraðili kom heim hafi þau ákveðið að hittast um hádegisbil næsta dag og reyna að finna lausn á málinu. Ekkert hafi orðið úr þessum áformum og eigi varnaraðili sök á því. Varnaraðili hafi síðan einhliða ákveðið að fá mat Bjarneyjar Kristjánsdóttur, félags- og fjölskylduráðgjafa, á því, hver væri vilji B til búsetu og hvað væri honum fyrir bestu. Sóknaðili hafi álitid, að eðlilegt hafi verið að hafa hann með í ráðum um þessa tilhögun, en hann hafi ekki verið henni mótfallinn. Bjarney hafi átt stutt viðtal við B 18. ágúst sl. Varnaraðili hafi tilkvatt lögreglu til að tryggja, að sóknaðili færi ekki með drenginn. Það hafi hún gert í nær hvert sinn, sem sóknaðili hafi reynt að fá að ræða við hann.

Sóknaðili byggir innsetningarkröfu sína á því, að varnaraðili haldi B með ólögmætum hætti og í trássi við samkomulag málsaðila um búsetu hans, sem gert var að ráði sálfræðings. Varnaraðili raski þannig öllum stöðugleika í lífi drengsins, en hann hafi átt að hefja skólagöngu í Noregi 21. ágúst sl. Varnaraðili hafi velt ábyrgð og ákvarðanatöku um búsetu og annað er varði hagi drengsins yfir á barnið sjálft, sem sé honum mikið áhyggjuefni. Ljóst sé, að málsaðilar verði að geta unnið saman að uppeldi barna sinna og beri að fylgja gerðum samningum, sem það varði. Ella sé hætta á því að drengurinn fari sínar eigin leiðir og komist hjá því að lúta eðlilegum aga. Sóknaðili telur það afar brýnt að festa komist á til frambúðar um búsetu drengsins og mikilvægt sé í því sambandi, að varnaraðili virði gerða samninga. Annað hafi í för með sér röskun á skólagöngu hans og komi honum úr jafnvægi.

Máli sínu til stuðnings vísar sóknaðili til 78. gr. laga um aðför nr. 90/1989 og til grunnraka 75. gr. barnalaga nr. 20/1992, en tekur fram að eigi beri að gagnálykta frá því lagaákvæði, enda sé það sett til fyllingar almennum ákvæðum aðfararlaga um innsetningargerðir. Einnig byggir sóknaðili á lögum nr. 160/1995 og vísar einkum til 11. gr. laganna.

Málsástæður og lagarök varnaraðila.

Varnaraðili gerir þær athugasemdir við málavaxtalýsingu sóknaðila, að legið hafi fyrir 13. ágúst sl. að drengurinn myndi ekki koma. Drengurinn hafi áður rætt við föður sinn og tjáð honum að hann kæmi ekki. Einnig hafi varnaraðili tjáð sóknaðila vilja sinn til þess, að afstaða drengsins yrði könnuð í samræmi við fyrra samkomulag þeirra. Eftir að sóknaðili kom hingað til lands hafi hann ítrekað reynt að ná drengnum til sín, þrátt fyrir að drengurinn hafi margsagt föður sínum að hann vilji ekki fara með honum til Noregs. Málsókn þessi sé liður í þeim ásetningi hans. Þá sé lýsing sóknaðila röng að því er varðar aðdraganda þess að Bjarney Kristjánsdóttir átti viðtal við drenginn. Hún hafi látið sóknaðila vita um viðtalið með fyrirvara. Enn fremur heldur varnaraðili því fram að gengið hafi á ýmsu um umgengi málsaðila við börnin frá því þau

slitu samvistum. Sóknaraðila hafi vaxið í augum kostnaður við að senda yngri börnin til Noregs og hafi því ekki fengið þau til sín nema á sumrin. Þau hafi verið hjá honum í þrjár vikur sumarið 1999, en síðastliðið sumar hafi dóttirin dvalist hjá föður sínum í sjö vikur, en D hafi ekki unað hag sínum ytra og verið sendur heim eftir þriggja vikna dvöl. Röng sé sú fullyrðing sóknaraðila, að þetta fyrirkomulag hafi verið liður í samkomulagi um, að báðir drengirnir yrðu hjá föður sínum á komandi vetri. B hafi komið til Íslands í öllum fríum sínum frá því hann flutti til Noregs. Hann hafi komið um páska 1999, fimm vikur sumarið 1999, um júl 1999, um síðustu páska og loks hinn 13. júlí sl. Varnaraðili hafi greitt allan kostnað af ferðum hans, enda leggi hún áherslu á, að drengurinn komi hingað til lands sem oftast.

Varnaraðili byggir aðalkröfu sína á því, að lagaskilyrði skorti fyrir innsetningarkröfu varnaraðila. Engin ákvæði séu í íslenskum lögum, sem heimili að barn sé tekið úr umsjá foreldris með beinni aðfarargerð, þegar forsjá þess sé sameiginleg, eins og raunin sé í þessu máli. Ákvæði 75. gr. barnalaga nr. 20/1992 eigi ekki við um ágreining málsaðila, þar sem forsjá B sé sameiginleg. Þetta komi skýrt fram í greinargerð með barnalögunum, þar sem fjallað sé um sameiginlega forsjá. Þar segi, að sé forsjá sameiginleg geti foreldri ekki krafist afhendingar barns með stoð í 75. gr. barnalaga, neiti hitt foreldrið að afhenda barnið. Í greinargerðinni segi síðan, að annað foreldrið eða báðir geti, þegar þannig standi á, krafist þess, að sameiginlega forsjáin verði felld niður, sbr. 2. mgr. 35. gr. barnalaga og eftir atvikum sett fram kröfu um bráðabirgðaforsjá, sbr. 36. gr. laganna. Varnaraðili hafi gert hvort tveggja. Varnaraðili hafi enn fremur mætt hjá sýslumanninum í Reykjavík og látið bóka þar, að hún falli frá fyrra samkomulagi um lögheimili B í Noregi, auk þess sem hún samþykki ekki, að hann fari úr landi. Þá mótmælir varnaraðili þeirri málsástæðu varnaraðila, að lög nr. 160/1995, einkum 11. gr. laganna, eigi hér við. Forsenda þess að unnt sé að beita ákvæðum síðastgreindra laga sé sú, að fyrir liggi erlendar ákvarðanir varðandi forsjá barna, sbr. og 11. tl. 1. mgr. 1. gr. aðfararlaga nr. 90/1989. Engin erlend ákvörðun liggi fyrir um forsjá B. Sú ákvörðun málsaðila að breyta lögheimili B hafi verið staðfest hér á landi, sbr. staðfestingu sýslumannsins í Reykjavík frá 13. júlí 1999. Ákvörðunin falli því ekki undir skilyrði laga nr. 160/1995, enda sé hún gerð á grundvelli sameiginlegrar forsjár og verði því aðför ekki beitt, sbr. það, sem áður sé lýst varðandi 75. gr. barnalaga.

Varakröfu sína byggir varnaraðili á 84. gr. aðfararlaga nr. 90/1989, en vísar til XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála til stuðnings málskostnaðarkröfu sinni.

Fram kemur hér að framan, að Bjarney Kristjánsdóttir félagsráðgjafi ræddi við B hinn 18. ágúst sl. Greinargerð hennar um viðtalið liggur frammi í málinu. Þar segir m.a. svo: „Um það leyti sem viðtalið átti að hefjast bankaði vinkona

K hjá mér og sagði að drengurinn væri fyrir utan húsið ásamt foreldrum sínum og mikið ósætti ríkti á milli þeirra og að móðirin hefði þegar hringt á lögreglu. Ég gekk því út og þar stóð drengurinn milli foreldra sinna og var M ósáttur við að B kæmi inn í viðtal til mín enda hefði ekki verið haft samráð við hann um það og hann hefði ekki fengið að hitta drenginn undanfarna daga. Mér sýndist að þarna væri í uppsiglingu forsjardeila án þess að ég þekkti til þess, sem á undan var gengið í málinu. Drengurinn stóð titrandi milli foreldranna sem bæði vildu fá hann til sín og mér var ljóst að þessar aðstæður voru óþolandi fyrir barnið. Eftir að hafa höfðað til þess að báðir foreldrarnir vildu drengnum vel varð niðurstaðan sú að K gaf M leyfi til að ræða við drenginn á staðnum ef ég væri viðstödd og síðan gaf M leyfi til að ég ræddi við hann einan eftir það. Þegar hér var komið sögu hafði ég aðeins 20 mínútur til að tala við B. B sagðist ekkert hafa á móti því að tala við mig. Hann sagði mér frá skólanum sínum í Noregi og sagði að það hefði verið ágætt að vera þar. Hann var skýr í tali þegar ég spurði hann um aðstæður en um líðan sína vildi hann minna tala enda þekkti hann mig ekki eins og áður hefur komið fram. Hins vegar langaði hann núna til að vera áfram hér á Íslandi af því hér væri hann með systkinum sínum og alltaf eitthvað um að vera. Þá sagði hann að ef hann flytti hingað myndi hann vilja fara til pabba síns á sumrin og um jól og páska eins og hann fór til mömmu sinnar meðan hann var úti. Mér virtist B fljótur að jafna sig þegar foreldrarnir voru hætt að ásaka hvort annað og þegar ég spurði hann hvað hann hefði hugsað þegar hann stóð á milli þeirra úti, sagði hann að hann hefði bara verið að lesa það sem stóð á brunahananum enda væri þetta rifrildi ekki hans mál og hann vildi ekki um það hugsa af hverju þau létu svona. Niðurstaða: Af þessum afskiptum mínum af máli B, tek ég ekki afstöðu til hvort heppilegt sé fyrir hann að flytja frá föður til móður nú. Til að taka slíka afstöðu er nauðsynlegt að kynna sér ítarlega málið í heild og vita mun meira um aðstæður og aðlögun drengsins í Noregi. Hins vegar er afar mikilvægt fyrir þroska drengsins að foreldrarnir geri sitt ytrasta til að vinna úr þeim ágreiningi, sem ríkir á milli þeirra, til að þau geti sinnt foreldrahlutverkinu í sátt.“

Þá hefur sóknaraðili lagt fram í málinu skýrslu norsks sálfræðings, sem sinnti B og fylgdist með skólagöngu hans í Noregi. Skýrslan liggur frammi á norsku svo og í íslenskrri þýðingu. Skýrslan er gerð, að því er virðist 1. febrúar sl. Þar er lýst framförum B frá því hann kom fyrst í skólann í janúar 1999. Þá var hann lokaður og harðsnúinn „töff gutte“, sem átti erfitt með að umgangast önnur börn. Nú líði honum betur, en vilji ekki tjá sig sé talað við hann um systkini hans eða móður. Fram kemur, að hann virðist sakna systur sinnar. Hann tali mikið um að slást og virðist sjá litla kosti þess að komast hjá deilum á annan hátt. Þá er þess og getið í skýrslunni, að þó drengurinn virðist geta treyst öðrum, líti hann almennt svo á, að ekki sé öðrum að treysta en sjálfum sér. Í niðurlagi skýrsl-

unnar segir svo í íslenskri þýðingu hennar: „Í framtíð er mikilvægt fyrir B að upplifa stöðugleika. Ný breyting á aðstæðum hans væri óheppileg fyrir hann og það verður að halda áfram að styðja að jákvæðri þróun hans í framhaldinu. Við það að hafa fullorðna í umhverfi sínu sem eru í góðu jafnvægi og öruggar persónur um hríð, mun hann fá reynslu af því að hægt er að treysta öðru fólki og að það svíkur hann ekki. Þar að auki geta hinir fullorðnu verið fyrirmyndir fyrir hann til þess að stuðla að þróun sveigjanlegri og tillitssamari hegðunarferli (sic). Á þann hátt getur B lært að það eru til fleiri leiðir til að bregðast við í deilum.“

Málsaðilar gáfu skýrslu fyrir dóminum við aðalmeðferð málsins.

Lýstu þau innbyrðis samskiptum sínum og málsatvikum í tengslum við deilu þeirra um búsetu B í meginatriðum, eins og áður er rakið. Sóknaraðili taldi mikla breytingu hafa orðið á andlegu ástandi B frá því hann fluttist til Noregs. Í fyrstu hafi hann verið í andlegu uppnámi, í ósætti við skólann og sambýliskonu sína svo og dóttur hennar. Nú sé hann að ná áttum. Honum líki vel í skóla og standi sig vel þar. B hafi verið í uppnámi eftir heimsókn til móður sinnar um síðustu páska og ekki viljað fara til hennar í sumar sem leið. Hann hafi lagt að drengnum að fara og hafi það orðið niðurstaðan. Það hafi greitt fyrir því að hin börnin fengu að fara til Noregs á sama tíma. Hann kvað það rangt hjá varnaraðila að hún hafi ávallt greitt fyrir far B frá Noregi og til baka. Hann hafi greitt farmiða hans í öll skiptin nema í sumar, en þá hafi varnaraðili lagt áherslu á að sjá um greiðsluna. Ástæðu þess, að hann lagðist gegn því, að sálfræðingur kannaði vilja B til dvalar hérlandis eða í Noregi, kvað hann vera þá, að aðstæður væru ekki réttar. Drengurinn sé ekki heima hjá sér og sé undir sterkum áhrifum frá umhverfi sínu, m.a. móður sinni og undir miklu álagi. Efnt hafi verið til sérstakrar skipulagðrar dagskrár fyrir drenginn, allan þann tíma, sem hann dvaldist hérlandis á liðnu sumri og reynt að gylla fyrir honum veruna hér, eins og frekast var kostur. Hann væri undir miklu andlegu álagi nú. Sóknaraðili taldi afstöðu drengsins til dvalar hér á landi mótast fyrst og fremst af því, að hann vildi vera hjá systkinum sínum. Hann neitaði því að hafa gert nokkra tilraun til að nema B á brott frá varnaraðila og fara með hann til Noregs, enda þótt hann hafi haft tækifæri til þess.

Varnaraðili staðfesti, að B hafi illa unað hag sínum eftir komu hans til Íslands í mars 1998. Hann hafi þá búið hjá foreldrum varnaraðila, þar sem hún hafi ekki haft aðstæður til að hafa hann hjá sér. B hafi viljað flytja til föður síns. Hún hafi sett að skilyrði, að fram færi forsjármat á þörfum hans og vilja og myndi niðurstaða þess ráða búsetu drengsins. Að hennar frumkvæði hafi verið sett ákvæði í samkomulagið frá 8. janúar 1999 um að virða sjálfstæðan vilja drengsins um dvalarstað. Hún kvaðst hafa talið rétt, eins og málum var komið, að fá sérfræðimat á þörfum hans og vilja til búsetu, en sóknaraðili hafi ekki viljað fallast á þetta. B hafi sjálfur tekið ákvörðun um að vera eftir hér á landi. Þetta hafi átt

sér stað, þegar fjölskyldan var á leið með hann út á flugvöll. Hún taldi vilja B til búsetu hér á landi mótast einkum af því, að hann vildi vera hjá systkinum sínum og fjölskyldu. Varnaraðili upplýsti að hún væri í sambúð og væru tengsl sambýlismanns hennar og barnanna mjög góð.

Forsendur og niðurstaða.

Sóknaraðili byggir kröfu sína um að fá B afhentan sér með beinni aðfarargerð á grunnrökum 1. mgr. 75. gr. barnalaga nr. 20/1992. Lagaákvæðið hljóðar svo: „Þegar ákvörðun er fengin um forsjá barns og sá sem barn dvelst hjá neitar að afhenda það réttum forsjáraðila getur forsjáraðili beint til héraðsdómara beiðni um að forsjá hans verði komið á með aðfarargerð.“ Sóknaraðili vísar til 1. mgr. 35. gr. barnalaga til stuðnings þess, að 75. gr. eigi við tilvik það, sem hér um ræðir. Í tilvitnuðu lagaákvæði 35. gr. barnalaga komi fram, að forsjá verði ekki breytt nema breytingin þyki réttmæt vegna breyttra aðstæðna og með tilliti til hags og þarfa barnsins. Í tilviki málsaðila hafi ekkert breyst, hvað aðstöðu og þarfir B varðar. Varnaraðili hafi brotið samning málsaðila um búsetu B. Jafna megi samningnum um búsetu drengsins til þess, að forsjáin sé hjá sóknaraðila, enda móti búseta og viðvera hjá öðru foreldra uppeldi barna öðru fremur. Sóknaraðili byggir enn fremur á 78. gr. aðfararlaga.

Varnaraðili byggir aftur á móti á því, að 75. gr. barnalaga eigi ekki við, þegar forsjá sé sameiginleg. Lögjöfnuði verði ekki beitt, þegar um sé að ræða kröfu um að barn verði afhent með beinni aðfarargerð. Því beri að hafna innsetningu.

Álit dómsins.

Málsaðilar gerðu með sér samning um það, að B skyldi eiga lögheimili hjá sóknaraðila í Noregi. Sá samningur var staðfestur hjá sýslumanninum í Reykjavík 13. júlí 1999. Varnaraðili braut þann samning gagnvart sóknaraðila með því að láta hjá líða að senda B til Noregs.

Samningur þessi fól í sér, að drengurinn skyldi að jafnaði hafa búsetu hjá sóknaraðila, sem færi þannig með umráð drengsins. Réttur varnaraðila fólst í því að njóta eðlilegrar umgengni við hann.

Að mati dómsins má jafna þessu fyrirkomulagi við þær aðstæður, sem 1. mgr. 75. gr. tilgreinir.

Það hlýtur að teljast varhugavert að viðurkenna, að það foreldri, sem barn býr hjá að staðaldri, samkvæmt staðfestum samningi, hafi ekki önnur úrræði en að höfða forsjármál, sé því meinað af hinu foreldrinu að fá umráð barns, í þeim tilvikum, þar sem forsjá barns er sameiginleg. Ef sú væri raunin, myndi hinn brotlegi skapa sér mun betri aðstöðu í forsjármáli, sem rekið yrði í kjölfarið. Forsjármál taka að jafnaði alllangan tíma. Afla þarf ýmissa gagna um hagi málsaðila og barns. Líkur eru á því, að barnið hafi aðlagast breyttum aðstæðum, sem

getur haft áhrif á mat sérfræðinga, sem að jafnaði eru kvaddir til ráðgjafar í málum af þessu tagi.

Það er því niðurstaða dómsins, að 75. gr. barnalaga eigi við í tilviki málsaðila. Dómurinn telur enn fremur, að ekkert mæli því sérstaklega í mót að beita hinu almenna ákvæði 78. gr. aðfararlaga um beinar aðfarargerðir í tilviki málsaðila, eins og sóknaraðili byggir á. Kemur því til skoðunar, hvort önnur sjónarmið kunna að verða þess valdandi að hafna beri kröfu sóknaraðila.

Eins og áður er getið gerðu málsaðilar með sér samning dags. 8. janúar 1999 um dvalarstað B. Í samningnum sammælast málsaðilar um að virða sjálfstæðan vilja drengsins, að því er varðar búsetu hans í framtíðinni.

Viðurkennt var af sóknaraðila í skýrslu hans fyrir dóminum, að B vilji vera hér á landi. Hins vegar væri hann undir sterkum áhrifum frá móður sinni og umhverfi, sem hefði áhrif á afstöðu hans.

Dómendur ræddu einslega við B 4. október sl. í starfsstöð Álfheiðar Steinþórsdóttur í u.þ.b. 45 mínútur, eins og 61. gr. barnalaga veitir heimild til, sbr. einnig 4. mgr. 34. gr. sömu laga.

B tók ekki afgerandi afstöðu eða sagði berum orðum á hvorum staðnum hann vildi búa. Hann nefndi þó ýmsa kosti þess að búa á Íslandi, m.a. návist við systkini sín og móður, félagsskap og taldi að hér væri mun meira um að vera.

Hinir sérfróðu meðdómsmenn eru á einu máli um það, að B hafi í viðtalinu tekið eins afdráttarlausa afstöðu, eins og hann hafi treyst sér til við þær erfiðu aðstæður, sem hann var þar í, þar sem honum var gefinn kostur á að velja milli foreldra sinna. Hann hafi gefið til kynna að hann vildi að aðrir tækju ákvörðun fyrir sig og sú ákvörðun ætti að vera sú, að hann dveldist áfram á Íslandi.

Með vísan til þessa og til hliðsjónar ákvæði 3. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995, er það niðurstaða dómsins að hafna beri kröfu sóknaraðila um að B verði með beinni aðfarargerð tekinn úr umsjá varnaraðila og honum fengin umsjá hans.

Rétt þykir, eins og hér stendur á, að hvor málsaðili beri sinn kostnað af málinu.

Sóknaraðili krefst málskostnaðar með vísan til 19. gr. laga nr. 160/1995.

Lög þessi varða fyrst og fremst skuldbindingu íslenska ríkisins til að viðurkenna ákvarðanir annarra ríkja um meðferð foreldravalds og leggja íslenskum stjórnvöldum þá skyldu á herðar að sjá til þess, að barn sé afhent aftur til þess lands, sem það var áður búsett í og haldið er hér á landi með ólögmætum hætti. Samningur málsaðila um búsetu B er gerður hér á landi og því verður lögum þessum ekki beitt um ágreiningsefni málsaðila. Málskostnaðarkröfu sóknaraðila er hafnað á framangreindum forsendum.

Gerðarþoli, K, hefur fengið gjafsókn með gjafsóknarleyfi dagsettu í dag.

Málflutningsþóknun Daggar Pálsdóttur hrl., lögmanns gerðarþola, er ákveðin 150.000 krónur, án virðisaukaskatts, sem greiðist úr ríkissjóði.

Skúli J. Pálmason héraðsdómari kvað upp úrskurð þennan, ásamt meðdómendunum og sálfræðingunum Álfheiði Steinþórsdóttur og Þorgeiri Magnússyni.

Ú r s k u r ð a r o r ð :

Hafnað er kröfu sóknaraðila, M, um að B, sonur málsaðila, verði tekinn úr umsjá varnaraðila, K, og honum fengin umsjá hans.

Málskostnaður fellur niður.

Málflutningsþóknun Daggar Pálsdóttur hrl., lögmanns gerðarþola, 150.000 krónur, greiðist úr ríkissjóði.
