

Föstudaginn 13. mars 1987.

Nr. 67/1987. **Gylfi Haraldsson**

(Guðmundur Ingvi Sigurðsson hrl.)

gegn

Höllu Arnljótsdóttur

(Gylfi Thorlacius hrl.)

Kærumál. Börn. Bein fógetagerð. Verkanir áfrýjunar. Sératkvæði.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Magnús Thoroddsen, Guðmundur Skaftason, Guðrún Erlendsdóttir, Halldór Þorbjörns-son og Magnús Þ. Torfason.

Sóknaraðili hefur skotið málinu til Hæstaréttar með kæru 16. febrúar 1987 samkvæmt heimild í 3. tl. 21. gr. laga nr. 75/1973. Barst kæran Hæstarétti hinn 18. febrúar 1987. Málið var flutt munnlega fyrir Hæstarétti samkvæmt heimild í 2. mgr. 31. greinar laga nr. 75/1973.

Sóknaraðili krefst þess, að innsetning samkvæmt úrskurði fógetaréttar Reykjavíkur, uppkveðnum 10. desember 1986 í máli aðiljanna verði framkvæmd nú þegar og varnaraðili dæmdur til að greiða málskostnað, bæði í héraði og fyrir Hæstarétti.

Varnaraðili krefst staðfestingar hins kærða úrskurðar og kæru- málskostnaðar úr hendi sóknaraðilja.

Aðiljar kærumáls þessa stofnuðu til óvígðrar sambúðar árið 1977. Þau slitu samvistum 22. júlí 1985. Meðan á sambúð stóð eignuðust þau börnin Þröst Frey, f. 22. maí 1979, og Guðbjörtu, f. 19. desember 1982.

Með úrskurði dóms- og kirkjumálaráðuneytis 20. desember 1985, sem kveðinn var upp til bráðabirgða, sbr. 2. mgr. 38. gr. barnalaga nr. 9/1981, var sóknaraðilja veitt forsjá telpunnar en varnaraðilja forsjá drengsins. Samkomulag var um það, að foreldrarnir nytu gagnkvæms umgengnisréttar við börnin eftir nánara samkomulagi. Úrskurður þessi var kveðinn upp eftir að fengin hafði verið, að því er í honum segir, skýrsla varnaraðilja, dags. 26. júlí 1985, bréf sóknaraðilja, skrifað í júlí - ágúst 1985, skýrsla Ásgeirs Karlssonar geðlæknis á geðdeild Borgarspítalans, dags. 16. ágúst 1985, skýrsla

sóknaraðilja, dags. 28. ágúst 1985, umsögn barnaverndarnefndar Biskupstungnahrepps, dags. 16. september 1985, greinargerð lögmanns sóknaraðilja, dags. 14. október 1985, bréf sóknaraðilja, dags. 25. september 1985, bréf lögmanns varnaraðilja, dags. 31. október 1985, bréf varnaraðilja, dags. 24. október 1985, vottorð Ásgeirs Karlssonar geðlæknis, dags. 7. nóvember 1985, bréf lögmanns varnaraðilja, dags. 25. nóvember 1985 og skýrsla starfsmanna Félagsmálastofnunar Reykjavíkur, dags. 19. desember 1985.

Með úrskurði 7. nóvember 1986 ákvað dóms- og kirkjumálaráðuneytið að sóknaraðili skyldi hafa forsjá beggja barnanna og framfæra þau einn. Lágu þá fyrir, auk framantalinna gagna, nýjar greinargerðir aðiljanna svo og umsögn Barnaverndarnefndar Reykjavíkur, dags. 12. mars 1986, og umsögn Barnaverndarráðs Íslands, dags. 16. október 1986. Var síðastgreind umsögn gefin að undangenginni könnun ráðsins á högum aðiljanna beggja og viðræðum við börnin og ýmsa aðra aðilja. Hefur umsögn þessi verið lögð fyrir Hæstarétt. Var niðurstaða barnaverndarráðs sú að mælt var með að sóknaraðili færi með forsjá beggja barnanna.

Í umræddum úrskurði ráðuneytisins var með skírskotun til 2. mgr. 40. greinar barnalaga nr. 9/1981 kveðið á um að börnin hefðu rétt til að vera hjá varnaraðilja aðra hverja helgi frá kl. 17 á föstudögum til kl. 20 á sunnudögum, en að öðru leyti átti að fara um umgengni eftir nánara samkomulagi við varnaraðilja.

Bæði börnin eru nú hjá varnaraðilja; drengurinn vegna þess að varnaraðili hefur ekki léð máls á að sóknaraðili fengi hann til sín eftir að áður nefndur úrskurður dóms- og kirkjumálaráðuneytisins 7. nóvember 1986 var kveðinn upp, en telpan vegna þess að varnaraðili varnaði því að sóknaraðili fengi hana til sín aftur eftir að varnaraðili fékk hana í helgarheimsók 3. - 5. október 1986. Úrskurðaði fógæti að kröfu sóknaraðilja hinn 10. desember 1986, að sóknaraðili skyldi settur inn í umráð beggja barnanna með beinni fógæta-gerð.

Ekkert er komið fram sem veitir tilefni til að ætla að aðstæður aðilja eða barnanna hafi breyst í neinum atriðum sem máli skipta eftir að dóms- og kirkjumálaráðuneytið kvað upp óhaggaðan fullnaðarúrskurð sinn um forsjá barnanna 7. nóvember 1986, að undangengnum þeim rækilegu könnunum sem frá var greint. Þegar þetta

er virt og ennfremur sérstaklega lítið til þess hver atvik eru að því að varnaraðili heldur telpunni Guðbjörtu hjá sér, og í því sambandi gætt dóms Hæstaréttar 5. nóvember 1985, þykja atvik ekki slík, þótt um börn sé að tefla, að hér beri að víkja frá þeirri réttarreglu sem við á um beinar fógetagerðir, að áfrýjun úrskurðar um að gerð skuli fram fara, fresti ekki framkvæmd gerðarinnar. Hefur sú réttarregla stoð í grunnrökum ákvæðis þess sem lögfest er í 3. mgr. 44. gr. laga nr. 19/1887 varðandi aðfarargerðir, að áfrýjun úrskurðar, um að gerð eigi fram að fara, fresti ekki framkvæmd á honum.

Eftir þessu ber að taka til greina kröfur sóknaraðilja í málinu en eftir atvikum þykir rétt að málskostnaður í héraði svo og kærúmálskostnaður falli niður.

D ó m s o r ð :

Hinn kærði úrskurður er úr gildi felldur og er synjað kröfu varnaraðilja, Höllu Arnljótsdóttur, um að frestað verði framkvæmd á úrskurði fógetaréttar Reykjavíkur 10. desember 1986 um að sóknaraðilja, Gylfa Haraldssyni, verði með beinni fógetagerð fengin umráð barnanna Þrastar Freys, f. 22. maí 1979, og Guðbjartar, f. 19. desember 1982.

Málskostnaðarákvæði hins kærða úrskurðar er staðfest.

Kærúmálskostnaður fellur niður.

S é r a t k v æ ð i

**hæstaréttardómaranna Guðmundar Skaftasonar og
Guðrúnar Erlendsdóttur.**

Þótt sú meginregla gildi um beinar fógetagerðir, að áfrýjun úrskurðar um að gerð skuli fram fara fresti ekki framkvæmd hans, þá ber að hafa í huga, að hér er um sérstakar aðstæður að ræða, sem að okkar mati réttlæta undantekingu frá þessari reglu.

Samkvæmt meginreglum barnalöggjafar eiga þarfir og hagsmunir barna að skipa öndvegi í lagaúrlausnum um börn.

Í máli því, sem hér er til úrlausnar, hefur drengurinn alltaf verið með móður sinni, að undanskildum tíma er hún var á sjúkrahúsi fyrri hluta árs 1985, en þá dvöldust bæði börnin hjá föðursystur sinni í Stykkishólmi. Telpa virðist hafa dvalist hjá föður sínum eftir

að samvistum málsaðila var slitið í júlí 1985, en bæði börnin hafa dvalist hjá móður sinni í Reykjavík frá því í byrjun október 1986 og drengurinn sækir skóla þar. Fullnusta úrskurðar fúgetaréttar Reykjavíkur frá 10. desember 1986, áður en dómur Hæstaréttar hefur gengið um hinn áfrýjaða úrskurð, gæti raskað högum barnanna, og teljum við varhugavert að þau verði afhent á þessu stigi málsins. Við teljum ákvæði 44. gr.laga nr. 19/1887 ekki binda dómstóla um þetta efni, né heldur teljum við að málsatvik í dómi Hæstaréttar uppkveðnum 5. nóvember 1985 (hrd. LVI, bls. 1168) séu sambærileg við atvik í máli þessu, einkum þó er varðar drenginn, Þröst Frey.

Samkvæmt þessu teljum við að staðfesta beri hinn kærða úrskurð. Við teljum einnig rétt, að kærúmálskostnaður falli niður.

Úrskurður fúgetaréttar Reykjavíkur 10. febrúar 1987.

Í máli þessu var þann 10. desember 1986 kveðinn upp úrskurður á þá leið að gerðarbeiðandi Gylfi Haraldsson, til heimilis að Launrétt 2 í Laugarási, skyldi settur inn í umráð tveggja barna hans og gerðarþola Höllu Arnljótsdóttur, Hraunbæ 156, þeirra Þrastar Freys, f. 22. maí 1979 og Guðbjartar, f. 19. desember 1982.

Er gerðin var síðan tekin fyrir þann 26. janúar sl., sýndi lögmaður gerðarþola áfrýjunarstefnu, merкта nr. 329/1986 í fúgetaréttinum. Þar er fyrstgreindum úrskurði áfrýjað.

Krafðist lögmaður gerðarþola þess að framkvæmd innsetningar yrði frestað uns áfrýjun er til lykta leidd.

Greinargerðir hafa komið fram vegna þessa atriðis, og er ágreiningur aðila tekinn til úrskurðar þann 6. þ. mán.

Gerðarbeiðandi krefst þess að synjað verði frestkröfu gerðarþola. Aðilar hafi fengið forsjá hvort síns barns skv. bráðabirgðaforsjárúrskurði, uppkveðnum af dómsmálaráðuneytinu þann 20. desember 1985, þar sem kveðið sé á um umgengnisrétt foreldra. En gerðarþoli hafi síðar neitað að láta börnin frá sér.

Hafi nú gengið lokaúrskurður ráðuneytisins um forsjána þann 7. nóv. 1986 að undangenginni rækilegri athugun og gagnaöflun, þ. á m. barnaverndaryfirvalda og geðlækna, svo og hafi aðilar gert ýtarlega grein fyrir sínum málstað. Úrskurður dómsmálaráðuneytisins hafi verið á þá leið að forsjá beggja barna skyldi vera hjá gerðarbeiðanda.

Því er haldið fram að ekki standi lög til að áfrýjun fresti framkvæmd úrskurðar fúgeta, sbr. lög nr. 19/1887, 44. gr.

Greinargerð lögmanns gerðarþola er mikið til samhljóða þeirri er áður kom fram í innsetningarmálinu. Lögð er áhersla á að börnunum hafi ekki liðið vel hjá gerðarbeiðanda, og hafi ekki mátt við svo búið standa. En þeim vegni nú ágætlega hjá gerðarþola sem hafi góð skilyrði til að veita þeim gott uppeldi. Það sé gefinn hlutur að mjög óheppilegt sé að taka þau frá henni, enda sé líka ljóst að hún muni ekki láta þau frá sér af frjálsum vilja. Þeirri skoðun er andmælt að áfrýjun úrskurðar geti ekki frestað framkvæmd fógétagerðar.

Varhugavert er að úrskurði fógeta, sem mælir fyrir um að börnin verði afhent gerðarbeiðanda með beinni fógétagerð, verði veitt fullnusta áður en áfrýjun er leidd til lykta, enda getur sú fullnusta raskað högum barnanna og er hún í beinni andstæðu við meginreglur barnalöggjafar og barnaverndarlaga. Ákvæði 44. gr. laga nr. 19/1887 binda dómstóla ekki um þetta efni. Skal fógétagerð eigi fara fram á þessu stigi málsins.

Málskostnaður á að falla niður í þessu deilumáli.

Þorsteinn Thorarensen borgarfégeti kvað upp úrskurð þennan. Taka ber fram að sérstök ástæða þótti til, þrátt fyrir ákvæði 2. sbr. 3. tl. 190. gr. laga nr. 85/1936, að láta forsendur fylgja úrskurðarorði, og þá litið til þess hvernig sakarefni er háttað.

Þ v í ú r s k u r ð a s t :

Frestbeiðni gerðarþola er tekin til greina.

Málskostnaður fellur niður.

Föstudaginn 13.mars 1987.

Nr. 232/1985. **Bjarni Kristmundsson**

(Hilmar Ingimundarson hrl.)

gegn

Jóni Ísberg sýslumanni

(Guðmundur Pétursson hrl.)

Uppboð. Aðild. Áfrýjun. Sératkvæði.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Magnús Þ. Torfason, Guðrún Erlendsdóttir og Þór Vilhjálmsson.