Föstudaginn 22. nóvember 1996.

Nr. 424/1996. **M**

(Helgi Birgisson hdl.)

gegn

K

(Hróbjartur Jónatansson hrl.)

Kærumál. Innsetningargerð. Börn. Forsjá.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Markús Sigurbjörnsson, Arnljótur Björnsson og Gunnlaugur Claessen.

Sóknaraðili skaut málinu til Hæstaréttar með kæru 14. nóvember 1996, sem barst réttinum ásamt kærumálsgögnum 20. sama mánaðar. Kærður er úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 14. nóvember 1996, þar sem hafnað var kröfu sóknaraðila um innsetningargerð til að koma á forsjá hans yfir barni málsaðila, X ..., sem dvelst hjá varnaraðila. Kæruheimild er í 4. mgr. 84. gr. laga nr. 90/1989 um aðför, sbr. 102. gr. laga nr. 92/1991. Sóknaraðili krefst þess, að „kveðinn verði upp dómsúrskurður um, að dóttir kæranda, X ... verði tekin með beinni aðfarargerð úr vörslum kærðu og fengin kæranda". Sóknaraðili krefst þess einnig, að „tekið sé fram í dómsúrskurði, að honum megi þegar fullnægja með aðför". Þá krefst sóknaraðili málskostnaðar í héraði og kærumálskostnaðar.

Varnaraðili krefst staðfestingar hins kærða úrskurðar og málskostnaðar.

Í kjölfar slita á óvígðri sambúð málsaðila gerðu þau með sér samkomulag 11. apríl 1995 um sameiginlega forsjá dætra þeirra, X ..., fæddrar 1990, og Y ..., fæddrar 1992. Skyldu þær báðar eiga lögheimili hjá sóknaraðila. Samkomulag þetta var staðfest með bréfi dóms- og kirkjumálaráðuneytisins 27. apríl 1995. Varnaraðili krafðist þess í bréfi, sem barst ráðuneytinu 5. september 1996, að sameiginleg forsjá málsaðila yrði felld úr gildi og sér falin forsjá barnanna. Jafnframt krafðist varnaraðili þess, að sér yrði falin forsjá þeirra til bráðabirgða. Sóknaraðili gerði einnig kröfu um forsjá barnanna og að hún yrði ákveðin, meðan málið væri til úrlausnar hjá ráðuneytinu. Með úrskurði ráðuneytisins 20. september 1996 var sóknaraðila

síðan falin forsjá barnanna til bráðabirgða samkvæmt 36. gr. barnalaga nr. 20/1992.

Samkvæmt nefndum úrskurði fer sóknaraðili með forsjá dóttur málsaðila, X ... , þar til annað hefur verið ákveðið. Fær það ekki haggað þeirri niðurstöðu dóms- og kirkjumálaráðuneytisins, að varnaraðili hafi síðar fallið frá samþykki sínu um að fela ráðuneytinu úrlausn málsins. Þá hefur varnaraðili ekki fært fram slík rök gegn umræddum úrskurði, að varhugavert verði talið, að gerðin nái fram að ganga. Verður því fallist á kröfu sóknaraðila um, að forsjá hans yfir umræddri dóttur málsaðila verði komið á með beinni aðfarargerð. Er þess engin þörf að ákveða í dómi þessum, að honum megi þegar fullnægja með aðfarargerð, svo sem sóknaraðili krefst, enda leiðir það sjálfkrafa af lögum, að aðfararfrestur er enginn við fullnustu dómsúrlausnar um heimild til aðfarargerðar samkvæmt 13. kafla laga nr. 90/1989.

Varnaraðili greiði sóknaraðila málskostnað í héraði og kærumálskostnað, svo sem í dómsorði greinir.

Dómsorð:

Heimilt er með innsetningargerð að koma á forsjá sóknaraðila, M ... , yfir X ... , sem dvelst hjá varnaraðila, K ... .

Varnaraðili greiði sóknaraðila samtals 100.000 krónur í málskostnað í héraði og kærumálskostnað.

Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 14. nóvember 1996.

I.

Gerðarbeiðandi M, ..., Reykjavík, krefst dómsúrskurðar um, að dóttir hans, X [fædd 1990], verði tekin með beinni aðfarargerð úr vörslum gerðarþola, K, og fengin sér. Gerðarbeiðandi krefst þess, að tekið sé fram í úrskurðinum, að honum megi þegar fullnægja með aðför og að málskot fresti ekki aðför. Þá er krafist málskostnaðar.

Gerðarþoli, K [...], Reykjavík, krefst þess aðallega, að kröfu um innsetningu verði hafnað með öllu og gerðarbeiðanda gert að greiða gerðarþola málskostnað. Til vara gerir hún þær kröfur, að nái aðfarargerð fram að ganga, sé þess krafist, að tiltekinn verði 30 daga aðfararfrestur í úrskurði héraðsdómara og auk þess kveðið á um, að málskot til æðra dóms fresti aðfarargerð. Þá er þess krafist, að málskostnaður verði felldur niður.

II.

Gerðarbeiðandi og gerðarþoli hófu sambúð í júlí 1989. Á sambúðartíma fæddust þeim dæturnar X [fædd 1990] og Y [fædd 1992]. Sambúð þeirra lauk í febrúar 1993. Er ár var liðið frá sambúðarslitum, krafðist gerðarbeiðandi forsjár telpnanna, og var málið rekið hjá dóms- og kirkjumálaráðuneytinu. Áður en til þess kom, að ráðuneytið úrskurðaði, gerðu aðilar með sér samkomulag um sameiginlega forsjá 8. apríl 1995. Samkvæmt því samkomulagi skyldi X eiga lögheimili hjá móður sinni, en Y hjá föður.

Með bréfi til dóms- og kirkjumálaráðuneytisins, sem barst ráðuneytinu 5. september sl., krafðist gerðarþoli þess, að samkomulag aðila um sameiginlega forsjá dætranna yrði fellt úr gildi og sér falin forsjá þeirra. Jafnframt krafðist hún bráðabirgðaforsjár. Degi síðar barst ráðuneytinu krafa gerðarbeiðanda um, að honum yrði falin forsjá dætranna, þar á meðal til bráðabirgða.

Með úrskurði dóms- og kirkjumálaráðuneytisins 20. september sl. var gerðarbeiðanda falin forsjá barnanna til bráðabirgða.

Með bréfi 25. október 1996 fór gerðarþoli þess á leit, að breytt yrði fyrri ákvörðun dóms- og kirkjumálaráðuneytisins um forsjá til bráðabirgða yfir dóttur aðila, X, og með bréfi ráðuneytisins, dags. 5. nóvember sl., var kröfu hennar hafnað. Gerðarþoli hefur nú afturkallað samþykki sitt við, að dóms- og kirkjumálaráðuneytið fari með forsjárdeilu aðila, með bréfi 6. nóvember 1996.

Hinn 29. október 1996 barst Héraðsdómi Reykjavíkur krafa gerðarbeiðanda um, að dóttir aðila, X, yrði tekin úr vörslu gerðarþola með beinni aðfarargerð. Var málið þingfest 5. nóvember 1996 og tekið til úrskurðar 12. nóvember 1996 að loknum munnlegum málflutningi.

III.

Gerðarbeiðandi kveður gerðarþola hafa óskað eftir umgengni við dæturnar föstudaginn 20. september sl. Hafi hann fallist á það og verið um samið, að gerðarþoli skilaði börnunum fyrir kvöldmat sunnudaginn 22. september. Þegar gerðarþoli hafi ekki komið með börnin á umsömdum tíma, hafi hann haft símasamband við gerðarþola og hún tjáð honum, að hún myndi ekki skila börnunum, því að þau vildu ekki fara til hans. Hafi gerðarbeiðandi farið strax á heimili gerðarþola til að sækja börnin, og var honum fengin yngri telpan, Y, en meinað að fá eldri telpuna. Hafi hann snúið heim við svo búið og haft símasamband við gerðarþola og beðið hana að skila telpunni í síðasta lagi kl. 8.00 árdegis daginn eftir, svo að hann gæti farið með hana í ... skóla, þar sem hún sæki nám. Hafi gerðarþoli ekki sinnt þessu. Hafi hann þá farið á heimili gerðarþola, en verið meinuð inn-

ganga og sagt, að dóttir hans, 6 ára, vildi ekki tala við hann og að hún vildi ekki fara í skóla. Hafi hann alla vikuna 23.–27. september margreynt að sækja telpuna og beðið öll kvöld og fram á nótt utan við heimili gerðarþola. Þar hafi telpunni verið haldið innan dyra og gerðarbeiðanda meinað að hitta hana.

Gerðarbeiðandi kveður sér hafa tekist að fá telpuna til sín laugardaginn 28. september og að næstu tvær vikur hafi liðið áfallalaust. Hafi X sótt skóla að nýju og allt gengið vel utan einn dag, en þá hafi gerðarþoli hringt um morguninn og rætt við telpuna. Hafi hún verið kennara sínum erfið þann dag.

Gerðarbeiðandi kveður gerðarþola hafa haft samband við sig fimmtudaginn 17. október sl., eins og ekkert hefði í skorist, og óskað eftir umgengni þá um helgina. Hafi gerðarbeiðandi gert henni grein fyrir því, að hún væri með framkomu sinni búin að fyrirgera umgengnisrétti sínum. Föstudaginn 18. október hafi hún birst fyrir utan skóla X og tekið hana með sér og enn fremur tekið Y af leikskólanum. Hafi gerðarbeiðandi ekkert aðhafst vegna þessa, en krafist þess, að hún skilaði börnunum næsta sunnudag, en hún látið það ógert. Hafi hann þá farið á heimili gerðarþola að sækja börnin, en einungis fengið yngri telpuna, þar sem því hafi verið borið við, að X vildi ekki fara til föður síns.

Gerðarbeiðandi kveður lögmenn aðila hafa komist að samkomulagi um, að gerðarbeiðandi sækti X þriðjudaginn 22. október sl. kl. 11.00. Gerðarbeiðandi hafi komið þangað, eins og um hafi verið rætt, en gerðarþoli ekki afhent telpuna.

Gerðarbeiðandi kveður stöðu málsins nú vera þá, að gerðarþoli meini sér enn að fá telpuna og komi þannig í veg fyrir, að forsjáraðili ráði yfir barni sínu. Sé þetta brot á 193. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Þá komi hún í veg fyrir, að barnið sæki skóla, og virði þannig að vettugi ákvæði grunnskólalaga um skólaskyldu.

Gerðarbeiðandi reisir kröfu sína um útburð á 78. gr. laga nr. 90/1989 um aðför, sbr. 72. og 73. gr. laganna. Jafnframt vísar hann til ákvæða barnalaga nr. 20/1992.

IV.

Gerðarþoli telur, að með samningi aðila um sameiginlega forsjá hafi lögheimili X verið hjá sér, en lögheimili Y hjá föður. Hafi þessu verið breytt þannig, að báðar dæturnar hefðu lögheimili hjá föður, af þeim ástæðum, að skattalega væri það hagkvæmara vegna gjaldþrots gerðarþola.

Ágreiningur hafi komið upp síðla sumars um það, í hvaða skóla X skyldi ganga, en gerðarbeiðandi hefði skráð hana í ... skóla í Grafarvogi, en gerðarþoli fengið skólavist fyrir hana í ... skóla. Í framhaldi þessa hafi

gerðarþoli ákveðið að slíta samkomulaginu, og hafi orðið að samkomulagi, að dómsmálaráðuneytið úrskurðaði í deilu aðila um forsjá.

Gerðarþoli kveður ákvörðun dómsmálaráðuneytis um bráðabirgðaforsjá föður ekki reista á sérfræðiáliti um tengsl barna við foreldra sína og því síður á því, að starfsmenn ráðuneytisins hafi litið börnin augum og kynnt sér afstöðu þeirra til foreldra sinna, að svo miklu leyti sem slíkt er unnt leikmönnum.

Í framhaldi úrskurðar ráðuneytisins hafi X farið til föður síns og gerðarþoli fengið dæturnar til sín til helgardvalar á að giska hálfum mánuði síðar. Þá hafi gerðarbeiðandi tekið barnið úr ... skóla og látið í ... skóla. Á þessum tíma hafi gerðarbeiðandi tekið fyrir öll samskipti gerðarþola og telpnanna, þar með talið símasamband. Er gerðarbeiðandi hafi ætlað að sækja telpurnar á sunnudagskvöldi, hafi X neitað að fara með föður sínum. Þrátt fyrir miklar fortölur hafi barnið ekki viljað til föður síns, og hafi gerðarþoli ekki fengið af sér að fara með barnið til hans nauðugt. Þegar faðir síðan tók stúlkuna, þegar hún var með ömmu sinni fyrir utan húsið, hafi barnið sýnt mikinn mótþróa, en gerðarbeiðandi ekki látið sig það neinu skipta. Hafi hann síðan tekið fyrir öll samskipti móður og barna, af hvaða tagi sem væri. Þegar gerðarþola hafi þrotið þolinmæðina, hafi hún náð í dætur sínar á föstudagssíðdegi og farið með þær heim til sín. Varð að ráði með henni og gerðarbeiðanda, að telpurnar yrðu hjá móður sinni fram á sunnudagskvöld. Þá kom gerðarbeiðandi, og hafi nú upp hafist sami mótþróinn hjá X, og urðu lyktir þær, að gerðarbeiðandi fór aðeins með yngri telpuna. Hafi nú verið orðið ljóst, að ekki yrði unað við þetta ástand, ef ekki ætti að tefla sálarheill barnsins í tvísýnu. Hafi gerðarþoli margsinnis reynt að fara með barnið í skóla, en barnið neitað að fara, nema móðir væri einnig, og tilraunir gerðarþola til að fara án barnsins orðið til þess, að barnið grét og neitaði að vera eftir.

Gerðarþoli kveður dóttur sína vilja ganga í ... skóla, þar sem hún hafi hafið skólagöngu sína, og ekkert hamli þeirri fyrirætlan nema andstaða gerðarbeiðanda. Þegar dómsmálaráðuneytið hafnaði kröfu gerðarþola um breytingu á bráðabirgðaforsjá án nokkurrar athugunar á högum og ástandi barnsins, hafi gerðarþoli ákveðið að afturkalla samþykki sitt við að fela ráðuneytinu að kveða upp úr um endanlega forsjá yfir börnunum. Hafi þessi ákvörðun ekki sætt andmælum ráðuneytisins, og sé full samstaða um, að afskiptum ráðuneytisins sé að fullu lokið. Kveðst gerðarþoli munu stefna gerðarbeiðanda fyrir Héraðsdóm Reykjavíkur til að þola ógildingu samkomulags um sameiginlega forsjá og til að fá dóm um forsjá sér til handa.

Gerðarþoli kveður málsástæður sínar vera þær, vegna þess að dómsmálaráðuneytið hafi ekki lengur ágreining aðila um forsjá til meðferðar, að bráðabirgðaúrskurður sá, sem gerðarbeiðandi reisi rétt sinn á, sé fallinn úr gildi og hafi því enga þýðingu í lögskiptum þessa máls. Svo sem fram komi í niðurlagi forsendna úrskurðarins, sé bráðabirgðaúrskurði ráðuneytisins um forsjá ætlað að gilda, þar til ráðuneytið hafi kveðið endanlega upp úrskurð um forsjá. Af þessu leiði, að þegar málsmeðferð ráðuneytisins sé felld niður með framanlýstum hætti, falli niður allar ákvarðanir, sem ráðuneytið hafi tekið við rekstur þessa ágreiningsmáls, þ. m. t. bráðabirgðaúrskurður um forsjá.

Kveður gerðarbeiðandi, að þar sem dómsmálaráðuneytið hafi ekki lengur ágreininginn til meðferðar, fari um réttarstöðu aðila eftir samningi þeirra um sameiginlega forsjá. Þeim samningi hafi ekki verið slitið, enda verði honum ekki slitið, nema annað sé ákveðið af dómstólum, úr því sem komið sé. Réttur gerðarþola til að hafa forsjá X og að barnið dveljist hjá henni, sé að minnsta kosti jafnmikill og réttur gerðarbeiðanda.

Samkvæmt 78. gr. aðfararlaga verði réttur gerðarbeiðanda að vera slíkur, að jafna megi honum til þess, að dómur hafi gengið um kröfur gerðarbeiðanda. Sú staða sé fráleitt í málinu. Fyrir liggi, að ágreiningur um forsjá verði rekinn í almennu einkamáli. Liggi því ekkert fyrir um það á þessari stundu, að réttindi gerðarbeiðanda séu meiri en gerðarþola að þessu leyti. Af því leiði, að enginn grundvöllur sé fyrir kröfu gerðarbeiðanda, og beri því að hafna henni.

Þá reisir gerðarþoli synjunarkröfu sína á því, að málsmeðferð ráðuneytis sé andstæð barnalögum. Hafi vilji barnsins og tengsl þess við foreldra ekki verið könnuð og metin, eins og lögin geri ráð fyrir, með þeim afleiðingum, að allar ákvarðanir ráðuneytisins í málinu séu órökstuddar og rangar. Því styðjist ákvörðun ráðuneytisins ekki við það, sem barninu sé fyrir bestu. Þá sé því haldið fram, að valdbeiting við þessar aðstæður sé til þess fallin að skaða barnið andlega með ófyrirsjáanlegum afleiðingum.

Ef svo ólíklega vilji til, að aðfararbeiðnin verði tekin til greina, verði mælt fyrir um aðfararfrest og að málskot fresti aðfarargerð. Styðji gerðarþoli kröfu þessa því, að barnið kunni að bíða andlegt tjón af þeirri valdbeitingu, sem fylgi kröfu gerðarbeiðanda og yrði óþörf með öllu, ef æðra dómstig kæmist að gagnstæðri niðurstöðu. Mæli því öll rök með því, að aðfarargerð verði frestað, ef úrskurði héraðsdóms yrði skotið til Hæstaréttar.

V.

Eins og rakið hefur verið, sömdu aðilar 8. apríl 1995 á þann veg, að þeir færu sameiginlega með forsjá dætra sinna, en X, sem um er deilt í málinu,

átti að eiga lögheimili hjá móður sinni, gerðarþola. Frá því snemma í haust hefur ágreiningur aðila um forsjá dætranna verið til meðferðar í dómsmálaráðuneytinu, en hefur nú verið tekinn undan lögsögu þess og boðað, að höfðað verði dómsmál til að fá skorið úr ágreiningnum.

Gerðarbeiðandi reisir kröfu sína á 78. gr. aðfararlaga nr. 90/1989. Samkvæmt henni verður réttur þess, er aðfarar beiðist, að vera svo ljós, að sönnur verði á hann færðar með gögnum, sem aflað verði samkvæmt 83. gr. sömu laga. Í lok 3. mgr. 83. gr. segir, að aðfarargerð skuli að jafnaði hafna, ef varhugavert verði talið, að hún nái fram að ganga, á grundvelli þeirra sönnunargagna, sem heimilt er að afla samkvæmt greininni.

Í þessu máli verður úrlausn ekki reist á sömu sjónarmiðum og þegar um fjárréttindi er að ræða, heldur verður að hafa í huga meginsjónarmið þau, er búa að baki barnalaga nr. 20/1992. Þó vegur það enn þyngra, að hér er um heill sex ára gamals barns að ræða.

Það er meginregla barnalaga, að foreldrar semji um forsjá barna sinna við skilnað eða sambúðarslit. Byggist hún á því, að foreldrarnir séu best til þess fallnir að meta, hvar forsjáin sé best komin með tilliti til hagsmuna barnanna. Samkvæmt 1. mgr. 35. gr. barnalaga verður samningi foreldra ekki breytt, nema „breyting þyki réttmæt vegna breyttra aðstæðna og með tilliti til hags og þarfa barnsins".

Í þessu máli hagar svo til, að barnið, sem um er deilt, átti samkvæmt samningi aðila að eiga lögheimili hjá móður sinni, gerðarþola. Verður að líta svo á, að þá hafi aðilar talið það fyrirkomulag barninu fyrir bestu. Hefur móðurinni þannig verið ætlað að annast það að mestu, sinna daglegum þörfum þess, þ. m. t. skólagöngu, og má jafna þessu til þess, að hún hafi haft hina raunverulegu forsjá barnsins.

Þótt hér sé aðeins til umfjöllunar, hvort barnið skuli tekið af gerðarþola á grundvelli bráðabirgðaúrskurðar dómsmálaráðuneytisins, verður ekki við úrlausn málsins komist hjá því að hafa framangreind meginsjónarmið í huga.

Úrskurður dómsmálaráðuneytisins hvílir nær eingöngu á fram lögðum greinargerðum aðila. Engir sérfróðir aðilar létu í ljós álit sitt eða stóðu að samningu úrskurðarins, að því er séð verður. Áður en forsjármál eru útkljáð, hvort sem er fyrir dómi eða dómsmálaráðuneytinu, hefur fagfólk rannsakað aðila og börnin. Byggjast niðurstöðurnar því á vönduðum rannsóknum sérfróðra aðila.

Þegar allt framangreint er virt, samningur aðila um, að lögheimili X átti að vera hjá gerðarþola, meginsjónarmið barnalaga og sú hætta, sem tekin er, ef sex ára gamalt barn er beitt þvingun til að koma á ástandi, er hugsan-

lega yrði aðeins til bráðabirgða, er ekki unnt að fallast á, að réttur gerðarbeiðanda sé svo ljós, að fallist verði á kröfur hans. Kröfu gerðarbeiðanda verður því hafnað þrátt fyrir bráðabirgðaúrskurð dómsmálaráðuneytisins, sem er ekki grundvallaður á neinum þeim rökum, er hnekkt geti framangreindum sjónarmiðum. Þá er loks haft í huga, að aðilar hafa boðað, að þegar í næstu viku verði þingfest dómsmál um ágreininginn. Telur dómurinn affarasælast að raska ekki ríkjandi ástandi í þessu viðkvæma máli, heldur bíða niðurstöðu dómsmálsins. Með því móti verður þeim hagsmunum, sem hér er um deilt, þ. e. barnsins, minnst raskað.

Hvor aðili skal bera sinn kostnað af málinu.

Arngrímur Ísberg héraðsdómari kvað upp úrskurðinn.

Úrskurðarorð:

Hafnað er kröfu gerðarbeiðanda, M, um, að X verði tekin af gerðarþola, K.

Málskostnaður fellur niður.