

Miðvikudaginn 5. apríl 1995.

Nr. 116/1995.

**K**

(Kristján Ólafsson hrl.)  
gegn

**M**

(Björgvin Þorsteinsson hrl.)

Kærumál. Börn. Forsjá. Dómkvaðning matsmanna. Gjafsókn.

### **Dómur Hæstaréttar.**

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Hrafn Bragason, Guðrún Erlendsdóttir, Haraldur Henrysson, Hjörtur Torfason og Pétur Kr. Hafstein.

Sóknaraðili skaut máli þessu til Hæstaréttar með kæru 27. mars 1995, sem barst réttinum 31. sama mánaðar. Kæruheimild er í c-lið 1. mgr. 143. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Hún krefst þess, að úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 27. mars 1995 verði felldur úr gildi og lagt fyrir héraðsdómara ásamt meðdómsmönnum að kveðja til þrjá hæfa og óvilhalla sérfróða aðila til þess að meta yfirmati, hvernig forsjá B, dóttur málsaðila, verði best fyrir komið með tilliti til hagsmuna hennar og þarfa. Þá krefst sóknaraðili kærumálskostnaðar, eins og málið væri eigi gjafsóknarmál, en hún fékk gjafsókn til rekstrar málsins fyrir héraðsdómi 31. maí 1994.

Varnaraðili krefst staðfestingar hins kærða úrskurðar og kærumálskostnaðar.

Í máli þessu deila aðilar um forsjá dóttur sinnar, B, sem fædd er 14. janúar 1990. Málsaðilar, sem ekki voru í hjúskap, slitu samvistir haustið 1992 og gerðu samning um sameiginlega forsjá telpunnar 16. mars 1993, sem staðfestur var af sýslumanninum í Reykjavík 19. apríl sama ár. Hinn 11. febrúar 1994 var að beiðni varnaraðila kveðinn upp úrskurður í Héraðsdómi Reykjavíkur þess efnis, að ekki mætti fara með telpuna úr landi, fyrr en endanlegur dómur gengi í ágreiningsmáli foreldranna um forsjána. Með úrskurði sama dómstóls 30. mars 1994 var kröfum beggja aðila um bráðabirgðaforsjá telpunnar hafnað, en kveðið á um það, að framangreindur samningur aðila frá 16. mars 1993 skyldi gilda, þar til endanlegur dómur gengi í forsjármálinu. Fram er komið, að telpan hefur frá þeim tíma dvalist til skiptis hjá hvoru foreldri um sig.

Eins og lýst er í hinum kærða úrskurði, voru dómkvaddir matsmenn að kröfu beggja aðila, og var matsgerð þeirra, sem dagsett er 7. júní 1994, lögð fram í þinghaldi 2. september sama ár. Í þinghaldi 18. janúar sl. voru tilnefndir sérfróðir meðdómsmenn. Í því þinghaldi var lögð fram greinargerð Gylfa Ásmundssonar sálfræðings, og sóknaraðili lagði fram beiðni sína um yfirmat. Þeirri beiðni var hafnað með úrskurði 3. febrúar sl., sem skotið var til Hæstaréttar, er ómerkti úrskurðinn vegna vanhæfis meðdómsmanns með dómi 13. mars sl.

Samkvæmt 58. gr. barnalaga nr. 20/1992 skal fara að hætti einkamála um rekstur forsjármála, nema um frávík sé mælt í lögum. Um öflun gagna samkvæmt 2. mgr. 60. gr. barnalaga fer eftir ákvæðum IX. kafla laga nr. 91/1991 um dómkvadda matsmenn. Í 64. gr. þeirra laga er mælt fyrir um yfirmat, sem aðili getur krafist til að fá endurmat á því, sem var áður metið.

Í hinum kærða úrskurði er lýst rökstuðningi sóknaraðila fyrir beiðni um yfirmat. Er matsbeiðni þessi ekki svo skýr sem skyldi, en skilja verður hana á þann veg, að beiðið sé um yfirmat á þeim atriðum, sem metin voru með matsgerðinni 7. júní 1994, en þau voru:

1. hæfni foreldra til að fara með forsjá,
2. persónulegir eiginleikar foreldra,
3. tilfinningaleg tengsl barns við hvort foreldri um sig,
4. félagslegar og fjárhagslegar aðstæður hvors foreldris.

Þótt aðstæður foreldra kunni að hafa breyst á þeim langa tíma, sem liðinn er frá undirmati, leiðir það út af fyrir sig ekki til þess vegna eðlis forsjármála, að yfirmatsbeiðni feli í sér beiðni um mat á því, sem ekki hefur áður verið metið. Ekki verður fullyrzt, að yfirmat dómkvaddra manna um framangreind atriði geti ekki skipt sóknaraðila máli, og héraðsdómi bar ekki fyrir fram úrlausn um gildi yfirmatsgerðar í lögskiptum aðila. Synjun dómara um að dómkveðja yfirmatsmenn var þannig ekki á nægilegum rökum reist. Þótt sóknaraðili hafi verið í lófa lagið að leggja fram yfirmatsbeiðni sína að miklum mun fyrir en raun varð á, til dæmis í þinghaldi 2. september 1994, er hún hafði haft matsgerðina til skoðunar í tæpa þrjá mánuði, verður það eigi látið varða hana réttarspjöllum, eins og hér háttar til. Verður hinn kærði úrskurður því felldur úr gildi og lagt fyrir héraðsdóm að dómkveðja yfirmatsmenn. Er brýn nauðsyn á að

hraða yfirmatinu, svo að úrlausn fáið sem fyrst í deilu aðila um forsjá barnsins.

Rétt er, að kærumálskostnaður falli niður, en gjafsóknarkostnaður sóknaraðila, 15.000 krónur, greiðist úr ríkissjóði.

#### D ó m s o r ð:

Hinn kærði úrskurður er úr gildi felldur, og ber héraðsdómi að dómkveðja þrjá hæfa og óvilhalla sérfróða menn til þess að meta yfirmati, hvernig forsjá B sé best fyrir komið með tilliti til hagsmuna hennar og þarfa.

Kærumálskostnaður fellur niður.

Gjafsóknarkostnaður sóknaraðila, K, 15.000 krónur, greiðist úr ríkissjóði.

#### Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 27. mars 1995.

Mál þetta var þingfest 18. janúar 1994. Stefndi er M, og stefnda er K. Málsaðilar deila um forsjá dóttur sinnar, B. Dómari sá, sem nú fer með mál þetta, fékk það til úthlutunar 24. mars 1994, en áður hafði verið úrskurðað um farbann og bráðabirgðaforsjá vegna barnsins. Í úrskurði um bráðabirgðaforsjá var niðurstaða dómara sú, að foreldrar færu með sameiginlega forsjá, og er tilhögun foreldranna á þeirri sameiginlegu forsjá þannig, að hvort um sig hefur barnið hjá sér eina viku í senn. Komið hefur fram hjá báðum málsaðilum, að þeir telji þennan hátt afar óheppilegan fyrir barnið, þar sem það nái aldrei almennilega að aðlagast aðstæðum á hvorum stað.

Í þinghaldi 8. apríl 1994 fór fram dómkvaðning matsmanna að kröfu beggja aðila, og voru dómkvaddir þau Aðalsteinn Sigfússon sálfræðingur og Hjördís Hjartardóttir félagsráðgjafi. Var matsgerð þeirra lögð fram í réttinum 2. september 1994, en hún er dagsett 7. júní 1994. Fljótlega eftir að matsgerðin lá fyrir, ákvað dómari málsins með heimild í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 91/1991 að kveðja til meðdómendur í mál þetta. Gekk erfiðlega að finna sérfræðinga til að gegna störfum meðdómenda, aðallega þar sem margir sérfræðingar höfðu komið að þessu máli á einhvern hátt og voru því vanhæfir, auk þess sem sumarleyfi settu strik í reikninginn. Í samráði við lögmennt aðila var ákveðið að tilnefna Odda Erlingsson og Gunnar Hrafn Birgisson sálfræðinga, og í samráði við væntanlega meðdómendur fór dómari málsins 17. nóvember 1994 þess á leit við Gylfa Ásmundsson sálfræðing,

að hann gæfi sérfræðilegt álit á ýmsum þeim þáttum, sem þótti ósvarað í fyrrnefndri matsgerð, og var sú álitserð lögð fram í réttinum 18. janúar 1995, en hún er dagsett 17. desember 1994. Áður en þessa viðbótarálits var leitað, var lögmönnum aðila tilkynnt um það og hvers væri óskað álitis á. Þegar álitserðin lá fyrir, fengu lögmenn aðila hana í hendur.

Hinn 18. janúar 1995 voru áðurgreindir sálfræðingar formlega til kvaddir meðdómendur í dóminn, en ekki þótti ástæða til að þinga í málinu, fyrr en álitserð Gylfa Ásmundssonar sálfræðings lá fyrir, en hún er, eins og áður segir, dagsett 17. desember 1994. Á því dómþingi var af hálfu stefndu lögð fram beiðni um yfirmat. Forföll voru í þinghaldi þessu af hálfu lögmans stefnanda, en stefnandi sótti þing, og voru mættu sammála um að fresta málinu til 30. janúar 1995 til ákvörðunar um yfirmatsbeiðni stefndu. Á dómþingi 30. janúar 1995 mótmælti stefnandi yfirmati, og var kveðinn upp úrskurður í því ágreiningsefni 3. febrúar 1995 og kröfu stefndu um yfirmat synjað.

Var úrskurðurinn kærður til Hæstaréttar 17. febrúar 1995, og 13. mars 1995 kvað Hæstiréttur upp dóm í málinu. Í dómi Hæstaréttar segir, að þar sem meðdómsmaðurinn Gunnar Hrafn Birgisson hafi fjallað um sakarefni máls þessa með þeim hætti, að hann hafi verið vanhæfur til meðferðar þess, verði hinn kærði úrskurður ómerktur svo og meðferð málsins frá og með þinghaldi 18. janúar 1995, og var málinu vísað heim í hérað til löglegrar meðferðar og dómsálagningar.

Var því boðað til fyrirtektar á málinu að nýju, og í þinghaldi 23. mars 1995 voru til kvaddir sem meðdómendur í málinu Oddi Erlingsson sálfræðingur og í stað Gunnars Hrafns Birgissonar Sigurjón Björnsson sálfræðingur. Var beiðni stefndu um yfirmat lögð fram að nýju. Stefndi mótmælti því, að yfirmat færi fram, þar sem beiðni þess efnis væri í fyrsta lagi of seint fram komin, en auk þess væri eðli máls þessa slíkt, að mikilvægt væri að hraða afgreiðslu þess. Lögmaður stefndu hélt fast við kröfuna um, að dómkvaddir yrðu þrír hæfir og óvilhallir sérfróðir aðilar til þess að meta yfirmati, hvernig forsjá B yrði best fyrir komið með tilliti til hagsmuna hennar og þarfa, svo sem nánar greini í sjálfri yfirmatsbeiðninni. Lögmaður stefndu mótmælti því jafnframt, að yfirmatsbeiðni væri of seint fram komin, enda hefði hún ekki haft tók á að koma með slíka beiðni fyrr, þar sem ekkert þinghald hefði verið í málinu, fyrr en hún lagði fram beiðnina, og hefði það verið að hennar frumkvæði. Lögmaður stefndu kvað ekkert í 60. gr. barnalaga nr. 20/1992 heimila dómara að synja um gagnaöflun og að hagsmunir barnsins skyldu alltaf hafðir í fyrirrúmi. Þar sem upp var kominn ágreiningur um dómkvaðningu, var ágreiningsefnið tekið til úrskurðar.

*Niðurstæða.*

Þrátt fyrir ákvæði 4. gr., 3. mgr., laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála þykir með vísan til 60. gr. laga nr. 20/1992 nauðsynlegt, að hinir sérfróðu meðdómendur taki þátt í uppsögu úrskurðar þessa, þar sem hann er að verulegu leyti reistur á sérþekkingu þeirra.

Í beiðni stefndu um yfirmat segir m. a.:

„Matsmenn skiluðu matsgerð, sem dagsett er 7. júní 1994. Mati þeirra vill stefnda, K, ekki una, þar sem hún telur matsgjörðina óljósa, ónákvæma og að matsmenn hafi ekki kannað nægilega alla þætti, sem máli skipta við niðurstöðu matsins um það, hvað þjóni best hagsmunum og þörfum B nú og á komandi unglingsárum. Þá kveður stefnda rangfærslur og dylgjur í sinn garð koma fram í matinu og forsendum þeim, sem matsmenn byggja á álit sitt um tilhögun forsjár telpunnar.

Enn fremur telur stefnda nauðsynlegt, að yfirmat fari fram, þar sem verulegar breytingar á fjölskylduhögum telpunnar hjá móður hafi orðið síðustu sjö mánuði, þ. e. frá því að matið fór fram. B hafi í september sl. eignast bróður, og sé hún mjög tengd honum og altekin af hlutverki sínu sem stóra systir. Einnig hefur síðustu mánuði ljóslega komið fram, að umönnunar- og uppeldishlutverk föður gagnvart B hefur flust yfir á föðurmóður. . . og sambýliskonu föður. . .

Samkvæmt framangreindu og ýmsum öðrum þáttum, sem ekki koma fram í fyrri matsgjörð, telur stefnda, K, það nauðsynlegt, að yfirmat fari fram, þar sem kannaðar verði núverandi aðstæður B á heimili foreldra, uppeldis- og umönnunarhlutverk foreldranna í dag, tengsl B við foreldra sína og stjúpforeldra og bróður.

Þess er jafnframt óskað, að yfirmatsmenn skoði og meti öll hin sömu atriði og undirmatsmenn. . .“ Jafnframt kemur fram í beiðninni, að stefnda áskilji sér rétt til að leggja fram ný gögn við yfirmatið, m. a. greinargerð Gylfa Ásmundssonar sálfræðings.

Af umræddri yfirmatsbeiðni verður ekki annað ráðið en verið sé að fara fram á „yfirmat“ á ýmsum þeim atriðum, sem ekki hafi verið metin í undirmati, auk þess sem krafist er yfirmats á atriðum, sem þegar hafa verið metin í undirmati. Í 63. gr., 1. ml., laga nr. 91/1991 segir, að aðili geti krafist yfirmats, þar sem tekin verði til endurmats þau atriði, sem hafi áður verið metin. Samkvæmt þessu verður ekki annað tekið til yfirmats en það, sem þegar hefur verið lagt mat á í undirmati.

Fullyrðingar stefndu um, að matsgerð sé óljós og ónákvæm og að matsmenn hafi ekki kannað nægilega nauðsynlega þætti og að rangfærslur og dylgjur í hennar garð komi fram í matinu, eru algerlega örökstuddar. Sönn-

unarfærsla fyrir dómi gæti leyst úr þessum atriðum. Stefnandi hefur mót-mælt þeirri fullyrðingu stefndu, að uppeldis- og umönnunarhlutverk hans hafi færst yfir á aðra. Breytingar á fjölskylduhögum hjá báðum aðilum eru ekki slíkar, að ástæða sé til að meta áhrif þeirra á barnið umfram það, sem þegar hefur verið lagt mat á.

Það er álit hinna sérfróðu meðdómenda, að það mæli eindregið gegn hagsmunum barnsins að draga málið á langinn, enda séu báðir foreldrar sammála um, að barnið líði fyrir það fyrirkomulag, sem nú er viðhaft, þ. e., að barnið sé eina viku í senn hjá hvoru foreldri. Ætla má, að enn frekari töf á málinu geti haft neikvæð áhrif á báða foreldra og þar með á barnið.

Í matsbeiðni þeirri, sem báðir aðilar stóðu að, var farið fram á, að eftirfarandi þættir yrðu metnir:

1. hæfni foreldra til að fara með forsjá,
2. persónulegir eiginleikar foreldra,
3. tilfinningaleg tengsl barns við hvort foreldri um sig,
4. félagslegar og fjárhagslegar aðstæður hvors foreldris.

Hinir sérfróðu meðdómendur líta svo á, að búið sé að meta með fullnægjandi hætti allt það, sem beðið var um í upphaflegri matsbeiðni. Komi fram í álitgerð Gylfa Ásmundssonar mat á þáttum 1 og 2 og í matsgerð Aðalsteins Sigfússonar sálfræðings og Hjördísar Hjartardóttur félagsráðgjafa mat á þáttum 2, 3 og 4.

Í 3. mgr. 46. gr. laga nr. 91/1991 segir, að ef dómari telji bersýnilegt, að atriði, sem aðili vill sanna, skipti ekki máli eða að gagn sé tilgangslaust til sönnunar, geti hann meinað aðila um sönnunarfærslu. Enn fremur segir í 1. mgr. 60. gr. laga nr. 20/1992, að dómari fylgist með öflun sönnunargagna.

Pegar framanskráð er virt, þykir með vísan til 46. gr., 3. mgr., laga nr. 91/1991, sbr. og 60. gr., 1. mgr., laga nr. 20/1992 verða að hafna kröfu stefndu um yfirmat.

Úrskurð þennan kveða upp Greta Baldursdóttir, fulltrúi dómstjóra, og meðdómsmennirnir Oddi Erlingsson sálfræðingur og Sigurjón Björnsson sálfræðingur.

#### Ú r s k u r ð a r o r ð:

Synjað er kröfu stefndu, K, þess efnis, að dómkvaddir verði þrír hæfir og óvilhallir sérfróðir aðilar til þess að meta yfirmati, hvernig forsjá B er best fyrir komið með tilliti til hagsmuna hennar og þarfa, svo sem nánar greinir í yfirmatsbeiðni.