

Föstudaginn 25. júní 1993.

Nr. 175/1993. **G**

gegna

H.

Kærumál. Börn. Innsetningargerð.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Haraldur Henrysson, Garðar Gíslason og Hjörtur Torfason.

Sóknaraðili skaut máli þessu til Hæstaréttar samkvæmt heimild í 4. mgr. 84. gr. laga um aðför nr. 90/1989, sbr. 1. tl. 102. gr. laga nr. 92/1991, með kæru 21. apríl 1993, sem barst Hæstarétti ásamt gögnum málsins 3. maí 1993. Krefst sóknaraðili þess, að hinum kærða úrskurði verði hrundið og dæmt, að umbeðin aðfarargerð skuli fara fram. Þá krefst hann málskostnaðar í héraði og kærumálskostnaðar úr hendi varnaraðila.

Stefnda krefst þess, að hinn kærði úrskurður verði staðfestur og henni dæmdur kærumálskostnaður.

Með skírskotun til forsendna hins kærða úrskurðar verður hann staðfestur.

Kærumálskostnaður dæmist ekki.

D ó m s o r ð:

Hinn kærði úrskurður er staðfestur.

Úrskurður Héraðsdóms Austurlands 17. apríl 1993.**I.**

Ár 1993, laugardaginn 17. apríl, er á dómþingi Héraðsdóms Austurlands, sem háð er í dómsalnum að Lyngási 15, Egilsstöðum, kveðinn upp úrskurður í málinu nr. A-2/1993: G gegna H.

Með bréfi, sendu í myndsendi föstudaginn 26. mars sl., krafðist G, Reykjavík, kt., dómsúrskurðar um, að dóttir sín, X, yrði með beinni aðfarargerð tekin af heimili móður sinnar, H, Egilsstöðum. Gerðin fari fram á ábyrgð gerðarbeiðanda, en á kostnað gerðarþola. Þá er krafist málskostnaðar úr hendi gerðarþola auk virðisaukaskatts.

Af hálfu gerðarþola er þess krafist, að synjað verði um heimild til gerðarinnar. Þá er þess krafist, að dómstóllinn leiti umsagnar barnaverndarnefnda

og sérfróðra aðila um afstöðu og viðhorf X um forsjá og dvalarstað. Til vara er þess krafist, að komist héraðsdómur að þeirri niðurstöðu, að gerð skuli fara fram, skuli kæra til æðra dóms fresta aðfarargerð. Jafnframt er krafist málskostnaðar úr hendi gerðarbeiðanda að mati réttarins auk virðisaukaskatts á málskostnað.

II.

Með lögskilnaðarleyfi málsaðila, dagsettu 17. nóvember 1988, fékk gerðarbeiðandi forsjá dóttur þeirra, X, en gerðarþoli forsjá annarrar dóttur þeirra, L. Stúlkan X hefur síðan þá alist upp á heimili föður síns. Hinn 25. mars sl. fór stúlkan með móður sinni frá Reykjavík til Egilsstaða án vitundar föður, sem fékk símskeyti um kl. 20.00-20.30 þennan dag, þar sem lögmaður móður tilkynnti um brottför stúlkunnar með móður sinni.

Rétt þykir, eins og mál þetta er vaxið, að rekja nokkru nánar gang deilumálsins.

Af gögnum málsins má ráða, að báðir foreldrar hafi lítið sem ekkert sinnt þeim skyldum sínum að veita börnum sínum umgengni við hitt foreldrið, og frá skilnaði hafa deilur milli foreldra staðið yfir um forsjá og umgengnisrétt. Upplýst er í málinu, að dómsmálaráðuneytið úrskurðaði í maí 1992 um fyrirkomulag umgengnisréttar dætranna við foreldrana tíma-bilið maí til september 1992, en sá úrskurður hefur ekki verið virtur af aðilum máls þessa.

Hinn 8. mars 1989 barst dómsmálaráðuneytinu erindi frá manningum, þar sem beðið var um, að forsjármálið yrði endurupptekið og hann fengi forsjá beggja dætranna. Hinn 7. apríl sama ár kom konan með sömu kröfu og maðurinn, auk þess sem hún í september það ár óskaði eftir rýmkun umgengnisréttar síns við X. Bréfaskriftir urðu á milli aðila og ráðuneytisins í framhaldi af þessum kröfum. Með bréfi dómsmálaráðuneytisins 6. febrúar 1990 var hafnað að taka til meðferðar kröfur um breytingar á forsjá, jafnframt því sem ágreiningi um umgengni var vísað til barnaverndarnefnda.

Barnaverndarnefnd Hafnarfjarðar hafði með svokölluðum bráðabirgða-úrskurði, upp kveðnum 11. apríl 1990, sem var staðfestur af nefndinni með svokallaðri fullnaðarákvörðun 20. apríl það ár, kyrrsett stúlkuna X hjá móður sinni frá 11. apríl 1990 til 1. maí 1990. Faðirinn skaut bráðabirgða-úrskurði nefndarinnar til Barnaverndarráðs Íslands og krafðist þess, að úrskurðurinn yrði felldur úr gildi, en til vara, að ef stúlkan mætti ekki dveljast hjá sér, yrði henni gert að dveljast hjá hlutlausum aðila, en ekki á heimili móður. Móðir krafðist þess hins vegar, að úrskurðurinn yrði staðfestur. Faðirinn féll síðar frá aðalkröfu sinni. Í forsendum úrskurðar barnaverndarráðs frá 9. maí 1990 kemur fram, að afskipti Barnaverndarnefndar Hafnarfjarðar af málinu hófust haustið 1989 vegna erfiðleika við fram-

kvæmd á umgengni X við móður sína. Komust starfsmenn nefndarinnar að þeirri niðurstöðu, að stúlkan óskaði þess að dveljast hjá móður sinni, og einnig, að stúlkan ætti við sálræna erfiðleika að stríða. Helgina 6. til 8. apríl 1990 dvaldist X á heimili móður sinnar skv. samkomulagi foreldra um umgengni. Þegar að því kom, að telpan skyldi fara til föður, neitaði hún að fara. Barnaverndarráð fól Sæmundi Hafsteinssyn, sálfræðingi ráðsins, að gefa umsögn um málið, og segir svo m. a. í niðurlagi skýrslu hans: „... verður að teljast ljóst, að stúlkan hefur þurft að búa við mikla spennu og þrúgandi andrúmsloft lengi. Það hefur sett mark sitt á sálarlíf hennar, og að mati undirritaðs mun hún þurfa sálfræðilega hjálp á næstu mánuðum til að vinna úr tilfinningalegum vandamálum sínum. Hún er afar óákveðin og hefur lélega sjálfsmynd. Hún gerir litlar kröfur til umhverfis síns, einkum fullorðinna, og er þóknunargjörn. Hjá henni gætir vanlíðunar og depurðar, sem brýst oft fram í líkamlegum umkvörtunum“.

Bæði læknirinn og starfsmenn Barnaverndarnefndar Hafnarfjarðar komust að þeirri niðurstöðu, að stúlkan óskaði eftir að vera hjá móður sinni. Barnaverndarráð taldi nær ógerlegt að meta, hvort það hentaði betur hag og þörfum stúlkunnar að búa hjá móður eða föður, en taldi vanlíðan stúlkunnar fyrst og fremst mega rekja til hinna „harðvítugu og langvinnu deilna foreldra um forsjá barnanna og umgengni við foreldrana“, eins og komist var að orði í niðurlagi úrskurðarins. Varðandi varakröfu mannsins sagði í úrskurðinum: „Eins og mál þetta liggur nú fyrir, þykir barnaverndarráði skorta lagaheimildir til að beita stúlkuna slíkum þvingunum. Ráðið telur, að taka stúlkunnar af heimili móður nú feli í sér meiri áhættu fyrir hana heldur en þá hættu, sem henni kann að stafa af því að búa þar. Í öllu falli er ljóst, að X er í sálarháská.“ Var kröfu mannsins því synjað.

Á árinu 1990 leituðu aðilar enn á ný til ráðuneytisins með kröfur um breytingar á forsjá. Af því tilefni ákvað ráðuneytið að leita umsagnar Barnaverndarnefndar Reykjavíkur, sem skilaði umsögn 11. júní 1991, eftir að hún hafði kannað hagi og aðstæður beggja foreldra og beggja dætra þeirra. Þar var komist að þeirri niðurstöðu, að báðir foreldrarnir væru hæfir til að fara með forsjá barnanna, en ekki mælt með því, að gerð yrði breyting á forsjá, og talið óraunhæft, að opinberir aðilar gerðu tillögur um eða tækju ákvarðanir um umgengni, en að barnaverndaryfirvöld í Reykjavík og Hafnarfirði hefðu árangurslaust reynt að koma á samkomulagi um umgengni barnanna við foreldra. Taldi nefndin það andstætt hagsmunum barnanna, að opinberum afskiptum af umgengnismálinu yrði fram haldið. Í samantekt starfsmanns barnaverndarnefndarinnar kom einnig fram, að langvarandi deilur foreldra um forsjá hefðu valdið og yllu enn vanlíðan hjá telpunum. Með bréfi ráðuneytisins, dagsettu 10. júlí 1991, var beiðst umsagnar Barnaverndarráðs Íslands um mál þetta. Umsögn ráðsins

barst ráðuneytinu 20. ágúst það ár, og var þar tekið undir þau sjónarmið, sem komu fram hjá Barnaverndarnefnd Reykjavíkur um forsjá barnanna og umgengni. Í nóvember 1991 féll konan frá forsjárkröfu sinni. Hinn 19. desember 1991 kvað ráðuneytið upp úrskurð, og var þar hafnað kröfu mannsins um forsjá yngri dóttur þeirra. Í niðurstöðum úrskurðarins var vísað til áður nefndra umsagna Barnaverndarnefndar Reykjavíkur og Barnaverndarráðs Íslands.

Upplýst er í málinu, að höfðað hefur verið mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur til breytingar á forsjá stúlkunnar X.

III.

Af hálfu gerðarbeiðanda er því haldið fram, að það geti haft mjög alvarlegar afleiðingar fyrir stúlkuna X, ef hún flyst nú til Egilsstaða, þar sem senn líði að vorþrófum í skóla hennar, en X er nú á næstsíðasta ári grunnskóla. Hefur gerðarbeiðandi lagt fram vottorð frá skólastjóra Hagaskóla, þar sem stúlkan stundaði nám. Í vottorðinu kemur fram, að stúlkan X standi sig með ágætum og að ætíð sé varhugavert að skipta um skóla, þegar komið sé fram undir vor. Þá liggur frammi vottorð, undirritað af Guðrúnu Guðjónsdóttur, umsjónarkennara X í Hagaskóla. Hún kveður X vera yfirvegaða og rólynda stúlku, sem sé fyrirmyndarnemandi.

Gerðarþoli hefur lagt fram vottorð frá skólastjóra Egilsstaðaskóla, þar sem X er boðin skólavist, beri svo undir, og kveðst skólastjórinn telja, að hún geti stundað nám við skólann í beinu framhaldi af námi hennar í öðrum skóla. Þá kom fram við munnlegan flutning málsins, að X hefur þegar hafið skólagöngu í Egilsstaðaskóla.

Þá hefur gerðarþoli lagt fram bréf, dags. 27. mars sl., undirritað af Þuríði Backman, formanni félagsmálaráðs Egilsstaðabæjar, stílað til Stefáns Þórarinssonar, sérfræðings í heimilislækningum, og Höllu Eiríksdóttur, hjúkrunarforstjóra á Egilsstöðum. Bréfið er ritað í framhaldi af ósk lögmanns gerðarþola eftir því, að sérfróður aðili kanni andlega og líkamlega líðan X. Í bréfi formannsins segir m. a., að brýnt sé, að þessi könnun fari fram nú þegar, en tekið er fram, að félagsmálaráð hafi áður haft afskipti af þessu máli, og „miðað við þróun mála er talið rétt að kanna andlega og líkamlega líðan X til að fá hlutlaust mat sérfróðra aðila á viðhorfum unglingsins til umgengni við foreldra og óska um forræði“, eins og segir orðrétt. Vottorð nefnds læknis og hjúkrunarkonu er dags. sama dag, og kemur þar fram, að eftir viðtal sitt við stúlkuna telji þau það geta verið skaðlegt fyrir hana í framtíðinni, að fyrirkomulag um forsjá verði óbreytt.

Þrátt fyrir það að hér sé um að ræða beiðni um innsetningargerð, hefur dómari með samþykki beggja aðila og með hliðsjón af ákvæðum barnalaga og 12. og 13. gr. Mannréttindasáttmála Sameinuðu þjóðanna nr. 44/25 frá

20. nóvember 1989 átt utan réttar samtal við stúlkuna X og innt hana eftir óskum hennar í þessu efni, og hefur hún lýst þeirri ósk sinni að fá að vera hjá móður.

IV.

Óumdeilt er, að gerðarbeiðandi hefur forsjá með dóttur sinni, X, og að móðir hennar fór með hana heim til sín til Egilsstaða án samþykkis föður. Hins vegar verður ekki annað séð en stúlkan hafi farið með móður sinni af fúsum vilja. Þrátt fyrir það að báðir foreldrar hafi verið metnir hæfir forsjáraðilar, má ráða af gögnum málsins, að hvorugt þeirra hefur sinnt lögboðnum umgengnisrétti barna sinna og að deilur um forsjá og umgengnisrétt hafa verið harðvítugar og komið niður á börnum þeirra.

Íslensk lög mæla því eigi í mót, að fá megi umráð barns með beinni aðfarargerð, þegar sérstaklega stendur á. Hins vegar er innsetningargerð neyðarúrræði, ætlað til verndar hagsmunum gerðarbeiðanda, sem er faðir í þessu tilviki. Við mat á nauðsyn þess að heimila gerð verður að líta til markmiða barnalaga um, að hagsmunir barns séu ætíð í fyrirrúmi, og verður að hafa í huga aldur barns og vilja. Verður því ekki talið rétt að styðjast einvörðungu við úrskurð dómismálaráðuneytisins um forsjárrétt, þegar komist er að niðurstöðu í þessu máli.

X er á 15. ári og virðist vera vel gefin og þroskuð stúlka. Hún hefur óskað eftir að flytjast til móður sinnar. Ekki hafa verið lögð fram gögn, sem sýni ótvírætt, að draga beri vilja stúlkunnar í efa, en hins vegar liggur frammi, eins og áður segir, nokkurra daga gamalt bréf frá formanni félagsmálaráðs Egilsstaða, þar sem mælt er til þess, að fengið verði hlutlaust álit sérfróðra aðila við mat á óskum stúlkunnar.

Með vísan til áður nefnds vottorðs skólastjóra Egilsstaðaskóla verður ekki talið sannað, að dvöl X hjá móður sinni nú um stundir sé henni illbætanleg með tilliti til skólagöngu hennar.

Forsjárskyldur eru margþættar, og skv. því, sem að framan er rakið, og með hliðsjón af vafa um það, að aðfarargerð væri stúlkunni fyrir bestu, verður ekki talið, að forsjárskyldur föður leiði sjálfkrafa til, að réttur hans teljist nægilega ótvíræður, að heimila eigi honum, eins og á stendur, að beita beinni aðfarargerð til að fá dóttur sína af heimili móður.

Rétt þykir, að málskostnaður falli niður.

Ólafur Börkur Þorvaldsson héraðsdómari kveður upp úrskurð þennan, en dregist hefur að kveða hana upp vegna anna dómara.

Ú r s k u r ð a r o r ð:

Krafa gerðarbeiðanda, G [...], um það, að X verði með beinni aðfarargerð tekin af heimili H, er ekki tekin til greina.

Málskostnaður fellur niður.