

Ú R S K U R Ð U R

Héraðsdóms Austurlands föstudaginn 8. júlí 2011 í máli nr. A-2/2011:

M

(Helga Leifsdóttir hdl.)

gegn

K

(Valborg Þ. Snævarr hrl.)

Aðfararbeiðni sú sem hér er til úrlausnar barst héraðsómi 14. apríl 2011. Var málið tekið til úrskurðar að loknum munnlegum málflutningi 10. júní 2011.

Gerðarbeiðandi, hér eftir nefndur sóknaraðili, er M, nú til heimilis að [...], Þýskalandi.

Gerðarþoli, hér eftir nefnd varnaraðili, er K, nú til heimilis að [...].

Sóknaraðili krefst þess að úrskurðað verði að börn hans og varnaraðila, þau A, fæddur 2001 og B, fædd 2006, bæði með lögheimili í [...] í Þýskalandi, en talin með dvalarstað á nánar greindu heimilisfangi á [...], verði tekin úr umráðum varnaraðila og afhent sóknaraðila eða öðrum sem hann setji í sinn stað. Eða að varnaraðili snúi með börnunum aftur til [...] og afhendi honum börnin að heimili hans að [...] þar í borg. Þá krefst sóknaraðili þess að verði aðfararfræstur ákveðinn þá verði hann ekki lengri en 15 dagar. Þá krefst sóknaraðili málskostnaðar úr hendi varnaraðila án tillits til gjafsóknar sem honum hefur verið veitt hér fyrir dómi.

Varnaraðili krefst þess að kröfu sóknaraðila um aðför verði hafnað og hún sýknuð af málskostnaðarkröfu hans. Þá krefst hún málskostnaðar úr hendi sóknaraðila, án tillits til gjafsóknar sem henni hefur verið veitt hér fyrir dómi. Varnaraðili gerir og kröfu til þess, verði aðför heimiluð, að mælt verði fyrir um tveggja mánaða aðfararfræsti í úrskurði og eins að kæra til Hæstaréttar fræsti aðför.

Krafa sóknaraðila er reist á lögum nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl. og Haag samningnum frá 25. október 1980 um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa, en bæði Ísland og Þýskaland hafa fullgilt þann samning. Hér á eftir verður einfaldlega vísað til samnings þessa sem Haag samningsins.

I

Helstu málavextir eru þeir að aðilar málsins munu hafa kynnst þegar sóknaraðili, sem er bandarískur ríkisborgari, starfaði sem hermaður hjá Varnarliði Bandaríkjanna á Íslandi. Þau gengu í hjónaband árið 2000 og hafa búið á Hawaii og í Flórída og frá árinu 2008 í [...] í Þýskalandi. Sóknaraðili var allan þann tíma starfandi hermaður í bandaríska hernum í herstöðvum á vegum hersins á nefndum stöðum. Fæddist A árið 2001 á Hawaii en B árið 2006 í Flórída.

Fjölskyldan flutti til [...] í Þýskalandi í september 2008 en þar gegndi sóknaraðili hermennsku en varnaraðili mun hafa verið í starfi á vegum hersins á sömu herstöð. Aðilar hættu að búa saman í júní mánuði 2009 og skildu að borði og sæng. Þann 23. september 2009 gerðu þau dómsátt fyrir þýskum dómstól þar sem m.a. var kveðið á um að forsjá barna þeirra væri sameiginleg en að þau skyldu búa hjá varnaraðila. Verður nánari grein gerð fyrir efni sáttarinnar hér síðar. Varnaraðili mun hafa haldið starfi sínu á herstöðinni og börnin nutu þar réttinda og sóttu skóla sem börn starfandi hermans.

Þann 10. desember 2010 snéri sóknaraðili aftur til Bandaríkjanna, nánar tiltekið til New York, í samræmi við fyrirmæli yfirboðara sinna í hernum og var þar leystur frá herþjónustu gegn vilja sínum. Varnaraðili kveður sóknaraðila ekki hafa upplýst sig um að þetta stæði til fyrr en um sólarhring áður en sóknaraðili hafi orðið að yfirgefa landið. Kemur fram hjá varnaraðila að við það að sóknaraðili hafi misst starf sitt í hernum hafi hún sjálfkrafa misst stöðu sem eiginkona hermans. Hún hafi þarna fyrirvaralaust misst vinnu sína og börnin hafi misst skóla- og dagheimilisvist. Kveður hún að sóknaraðili hafi ekki upplýst hana um fyrirætlanir sínar og hafi hún ekki vitað hvort eða þá hvenær hann hygðist snúa aftur til Þýskalands. Hafi hún við svo búið ekki séð aðra möguleika en að fara með börnin til Íslands og kveður að það hafi hún gert 19. desember 2010. Sóknaraðili kveðst hafa snúið aftur til Þýskalands í byrjun janúar sl. og hafa búið við að varnaraðili myndi snúa aftur með börnin þangað að loknu jólahefni á Íslandi. Á meðan sóknaraðili var í New York mun hann hafa gengið frá lögskilnaði aðila fyrir þarlandum dómstól og var lögskilnaður veittur, með samþykki varnaraðila 22. desember 2010. Dómstóllinn tók ekki afstöðu varðandi forsjá barna aðila.

Varnaraðili höfðaði mál fyrir þýskum dómstól áður en hún hélt til Íslands í desembermánuði þar sem hún gerði m.a. kröfu um að sameiginlegri forsjá aðila yfir börnunum yrði slitið og henni einni fengin forsjáin. Því máli var frestað ótiltekið vegna þess að sóknaraðili höfðaði annað mál þar sem hann krafðist úrlausnar þýsks dómstóls sem kvæði á um að för varnaraðila frá Þýskalandi hefði verið ólöglegt í skilningi Haag samningsins, en yfirlýsingar sem þessar grundvallast á 15. gr. samningsins. Niðurstaða héraðsdóms [...] lá fyrir 31. mars 2011 og var þar hafnað beiðni sóknaraðila um útgáfu vottorðs um ólöglegt athæfi. Niðurstöðunni var skotið til æðra dómstigs sem breytti niðurstöðu undirréttar og kvað upp úr með það að hald barnanna á Íslandi, með því að börnin hafi ekki snúið aftur til Þýskalands í janúar 2011, sé ólöglegt skv. 3. gr. Haag samningsins. Með þessu hafi varnaraðili brotið gegn sameiginlegum forsjárrétti málsaðila sem sóknaraðili hafi sinnt í reynd. Er niðurstaða dómsins dagsett 23. maí 2011.

II

Í aðfararbeiðni sinni kveðst sóknaraðili byggja kröfur sínar á því að hann sé lögmætur forsjáraðili barna aðila samkvæmt dómsátt sem staðfest hafi verið fyrir þýskum dómstól 23. september 2009. Þar sé forsjá aðila með börnunum ákveðin sameiginleg en að þau búi hjá varnaraðila. Börnin hafi síðast verið búsett í Þýskalandi og gildi því þýsk lög um forsjána og þýskur dómstóll hafi lögsögu í forsjármálinu. 1626 grein þýsku einkamálalaganna fjalli um inntak forsjár sem sé sambærileg íslenskum og bandarískum lögum. Í 1671. gr. í þýsku einkamálalögunum sé því lýst þegar forsjáin sé sameiginleg og foreldrar búi ekki saman. Varnaraðili aftri sóknaraðila frá að sinna forsjárskyldum sínum en þær hafi sóknaraðili rækt vel. Börnin og sóknaraðili hafi umgengst reglulega og hafi sóknaraðili tekið stóran þátt í lífi barna sinna og séu þau það dýrmætasta í lífi hans. Varnaraðili geti undir engum kringumstæðum tekið einhliða geðþóttaákvörðun um að flytja með börnin frá Þýskalandi en til þess hefði þurft fullt samkomulag aðila. Sóknaraðili hafi ekki samþykkt að börnin flyttu til Íslands en samþykki beggja foreldra sem fari sameiginlega með forsjá sé nauðsynlegt svo flytja megi börn úr landi. Brottflutningur varnaraðila með börnin úr landi án vitneskju sóknaraðila sé brot á dómsátt aðila og á þýskum einkamálalögum og varnaraðili haldi börnunum á Íslandi með ólögmætum hætti. Geri sóknaraðili því kröfu, með vísan til 11. gr. laga nr. 160/1995 um að börnin verði tekin úr umráðum varnaraðila og afhent sóknaraðila verði lögmætu ástandi ekki komið á með öðrum hætti. Börnin eigi lögheimili í [...] í Þýskalandi og hafi þau verið þar búsett í skilningi 1. mgr. 11. gr. laganna áður en hið ólögmæta brott nám hafi átt sér stað. Mál þetta sé afhendingarmál á grundvelli laga nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl., sbr. samning um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa, sem gerður hafi verið í Haag 25. október 1980. Ísland og Þýskaland og reyndar Bandaríkin líka hafi fullgilt þann samning. Fyrir liggja að aðilar deili um forsjá barnanna fyrir þýskum dómstól. Aðilar fari í dag sameiginlega með forsjá barnanna, en í því felist að öðru foreldri sé óheimilt að fara með börnin frá Þýskalandi án samþykkis hins. Með þessu hafi verið brotið gegn forsjárrétti sóknaraðila, sbr. 2. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995. Fyrir dómstólum í Þýskalandi sé rekið forsjármál milli aðila þar sem mat á hagsmunum barnanna til frambúðar fari fram. Sjónarmið er varði hagsmuni barnanna komist ekki að í máli þessu, enda sé Haag samningurinn á því byggður að hagsmunum barnanna sé best borgið með því að dómstóll í heimalandi barnanna eigi lögsögu í málum þeirra til frambúðar og meti hvernig hagsmunum þeirra sé best borgið. Það land sé Þýskaland í þessu tilviki og beri því að fallast á kröfu sóknaraðila um afhendingu barnanna til Þýskalands þar sem þýskir dómstólar hafi lögsögu. Ljóst sé að dómstóll hér á landi geti ekki tekið forsjármál til meðferðar þar sem lögsagan sé í Þýskalandi.

Undantekningarreglur 1. til 4. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995 eigi ekki við þannig að dómara sé heimilt að hafna kröfu um afhendingu. Túlka beri framangreindar reglur þröngt og beri varnaraðila, vilji hún byggja á að tilefni sé til að beita þeim, sönnunarbyrði fyrir slíkum fullyrðingum. Um málsmeðferðina sé vísað til 13. gr. laga nr. 160/1995 sem kveði á um að við málsmeðferðina skuli beitt ákvæðum 13. kafla laga nr. 90/1989 um aðför. Þá sé vísað til barnalaga nr. 73/2003 og laga nr. 18/1992 um samning Sameinuðu Þjóðanna um réttindi barnsins og laga nr. 33/1944 um stjórnarskrá lýðveldisins Íslands. Krafa um málskostnað sé byggð á

129. gr. og 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála og lögum nr. 50/1988 um virðisaukaskatt vegna kröfu um virðisaukaskatt af málskostnaði.

Við munnlegan málflutning vísaði sóknaraðili auk þess sem að framan greinir sérstaklega til úrskurðar Yfirlandsdóms [...] sem kveðinn var upp 23. maí 2011 þar sem breytt var úrskurði undirréttar og kveðið á um að hald barna málsaðila á Íslandi af hálfu varnaraðila hafi verið ólögmætt í skilningi 3. gr. Haag samningsins. Byggði hann á því að leggja yrði framangreinda niðurstöðu dóms til grundvallar við úrlausn máls þessa. Þá mótmælti sóknaraðili því að börnin ættu ekki kost á því að ganga í sama skóla og sækja sama dagheimil ef þau myndu snúa til baka.

III

Í greinargerð sinni kveðst varnaraðili aðallega byggja á því að ekki sé ljóst til hvaða lands krafist sé að börnin verði afhent og leiki vafi á því hvernig varnaraðili geti komið á lögmætu ástandi, verði það niðurstaða dómsins að brottmál hafi verið ólögmætt. Sé þessa í engu getið í aðfararbeiðni en þess eingöngu krafist að börnin verði afhent sóknaraðila sem sé með tilgreint heimilisfang í Þýskalandi. Skjöl málsins beri hins vegar með sér að krafist sé afhendingar barnanna til Bandaríkja Norður Ameríku, sbr. beiðni/umsókn á dómskjali nr. 12 og bréf Innanríkisráðuneytisins á dómskjali nr. 13. Sóknaraðili hafi í eiðsvarinni yfirlýsingu fyrir dómi í Bandaríkjunum lýst því að hann sé búsettur þar í landi, þar sem hann sé hermaður eigi hann heimilisfesti í New York, þau hafi verið búsett í herstöð í Þýskalandi og varnaraðili geti ekki dvalið áfram í Þýskalandi eftir skilnað þeirra og verði því þvinguð til að yfirgefa Þýskaland og hverfa annaðhvort til Íslands eða Bandaríkjanna vegna innflytjendalöggjafar. Komi fram í yfirlýsingunni, sem liggja fyrir í málinu á dómskjali nr. 15, að sóknaraðili eigi engin tengsl við Þýskaland, hann tali ekki þýsku og dvöl hans í Þýskalandi sé tímabundin. Hann búi í stærsta bandaríska samfélagi í heimi utan Ameríku. Hann tilgreini heimilisfang barnanna í New York en ekki í Þýskalandi.

Af hálfu varnaraðila sé byggt á því að sóknaraðili geti ekki krafist afhendingar barnanna til Þýskalands af þessum sökum enda óljóst hvort sóknaraðili hafi þar landvistarleyfi en hann hafi verið rekinn úr bandaríska hernum í lok árs 2010 og hafi því ekki lengur sömu dvalarstöðu og áður. Sé þetta atriði með öllu óupplýst í málinu og ekki ljóst hvort sóknaraðili hafi dvalarleyfi í Þýskalandi, eða börnin eða varnaraðili. Krafa um afhendingu á heimili sóknaraðila sé því afar ómarkviss enda liggja ekki fyrir í hvaða landi það heimil sé.

Segja megi að með för sinni frá Þýskalandi í desember 2010, eftir brottvikningu úr hernum hafi sóknaraðili einhliða rofið samkomulag aðila um búsetu barnanna og umgengni. Eftir það hafi varnaraðila ekki verið skylt að fara eftir því samkomulagi enda forsendur brostnar. Eftir það tímamark hafi félagsleg staða barnanna verið rofin og versnað verulega og varnaraðila ekki verið stætt að dvelja með börnin í Þýskalandi eins og félagsleg staða þeirra hafi orðið við brotthvarf sóknaraðila.

Börnin hafi í raun engin tengsl við Þýskaland, þar sem þau hafi gengið í bandarískan skóla, hafi átt bandaríska vini, stundað bandarískar íþróttir og þekki eingöngu bandaríska menningu. Þau tali enga þýsku og hafi engin tengsl við þýska menningu. Ljóst sé að eftir að sóknaraðili hafi verið rekinn úr hernum eigi þau ekki rétt til skólagöngu í bandaríska skólanum og tengsl þeirra við hið bandaríska samfélag í Þýskalandi hafi verið rofin.

Sóknaraðili geti ekki krafist afhendingar barnanna til Bandaríkjanna þar sem börnin hafi ekki verið búsett þar í landi og ekki verið þar skömmu fyrir hið ætlaða brottmál, en fyrir liggi sú afstaða bandarísks dómstóls að forsjármál vegna barnanna verði ekki rekið þar í landi.

Staða málsins sé því einfaldlega sú að vegna ytri aðstæðna, eins og mál þetta sé vaxið, geti sóknaraðili ekki krafist afhendingar barnanna á grundvelli Haag samningsins um afhendingu brottnuminna barna og laga nr. 160/1995 þar sem skilyrðum laganna sé ekki fullnægt og taki ekki yfir tilvik sem þetta. Sé enda staða hermanna fjölskyldu ekki jafngild stöðu hefðbundinnar fjölskyldu, þar sem hermaður og fjölskylda hans hafi óeðlileg tengsl við dvalarlandið og verði dvöl hermanns ekki jafnað við hefðbundna búsetu í viðkomandi landi. Börnin hafi því ekki átt „habitual residence“ í skilningi Haag samningsins í Þýskalandi. Að auki skuli á það bent að börnin eigi skráð lögheimili hér á landi, sbr. framlagða útskrift úr þjóðskrá.

Í greinargerð varnaraðila var á því byggt að fyrir lægi afstaða þýsks dómstóls frá 31. mars 2011 um að för barnanna úr landi hafi ekki falið í sér brot gegn forsjárrétti varnaraðila og hafi ekki verið brot gegn Haag samningnum. Telji varnaraðili sóknaraðila vera bundinn af þeirri niðurstöðu sem hann geti ekki áfrýjað til íslenskra dómstóla, en dómstóll hér á landi verði hins vegar að leggja til grundvallar það mat við niðurstöðu sína þegar það liggi fyrir. Eftir að greinargerð varnaraðila var lögð fram var kveðinn upp úrskurður yfirréttar [...] þar sem nefndum úrskurði yfirréttar ver hnekkt og mælt fyrir um að hald barnanna á Íslandi væri ólöglegt í skilningi 3. gr. Haag samningsins. Í munnlegum málflutningi taldi varnaraðili að þessi úrlausn hins þýska dómstóls væri ekki bindandi fyrir dóminn og meta þyrft ólögmetisskilyrðið sérstaklega. Þá lagði varnaraðili sérstaka áherslu á að í nefndum úrskurði væri ekki tekin afstaða til þess hvort börnin hefðu verið búsett í Þýskalandi í skilningi Haag samningsins og bar varnaraðili brögður á að svo hefði verið. Þá byggði varnaraðili á að ekki væri um yfirlýsingu í skilningi 3. mgr. 15. gr. laga nr. 160/1995 að ræða þar sem héraðsdómari hafi ekki óskað eftir slíkri yfirlýsingu. Sóknaraðili hefði aflað yfirlýsingarinnar einhliða og því bæri að hafa hana að engu.

Sé því aðalkrafa varnaraðila að afhendingarkröfu verði hafnað þar sem verulegur vafi leiki á til hvaða lands afhenda beri börnin og að börnin hafi ekki þau tengsl við hvort landanna um sig að hægt sé að fjalla um málið frekar. Séu að auki ríkar kröfur gerðar til skýrleika málatilbúnaðar í málum á grundvelli Haag samningsins enda um aðfararmál að ræða, rekið á grundvelli 13. kafla aðfararlaga nr. 90/1989 og skilyrði skv. þeim lögum ákaflega ströng. Þær kröfur, sem sú heimild geri séu afar strangar og séu ekki uppfylltar í þessu máli.

Varakrafa um að hafna beri kröfu sóknaraðila byggi jafnframt á framangreindum sjónarmiðum til rökstuðnings þess að skilyrðum 11. gr. laga nr. 160/1995 sé ekki fullnægt þar sem börnin skorti tengingu við þau lönd sem í hlut eigi. Þá liggi ekki fyrir upplýsingar um dvalarstöðu sóknaraðila í Þýskalandi, hvort hann sé búsettur þar í raun en krafa hans lúti því að börnin verði afhent á heimili hans. Sé vandséð að hann geti krafist afhendingar barnanna til lands þar sem hann hafi aðeins tímabundið dvalarleyfi eða sé jafnvel á ferðamanna visa. Sóknaraðili hafi yfirgefið Þýskaland eins og áður sé lýst eftir að hann hafi verið rekinn úr bandaríska hernum og hafi hann þar með rofið tengsl bæði sín og barnanna við landið, þannig að hvorki hann né þau hafi átt þar heimilisfesti eftir það. Hafi úrskurður hins þýska dómstóls þann 31. mars sl. einmitt byggt á þeim sjónarmiðum. Varnaraðili byggi jafnframt á því að búseta fjölskyldunnar á herstöð í Þýskalandi geti ekki falið í sér heimilisfesti í skilningi laga nr. 160/1995, enda tenging fjölskyldunnar við landið mjög lausleg.

Sé samkvæmt framansögðu því ljóst að mati varnaraðila að ólögmatisskilyrði 11. gr. laga nr. 160/1995 sé ekki uppfyllt í málinu.

Af hálfu varnaraðila sé vísað til 3. mgr. 83. gr. laga nr. 90/1989, en ljóst sé að grundvöllur aðfararbeiðni sóknaraðila sé afar óljós og veikur. Hljóti dómurinn að komast að þeirri niðurstöðu að varhugavert sé að taka kröfuna til greina á grundvelli þeirra gagna sem byggt sé á í málinu, enda gögnin misvísandi, fyrir liggi úrskurður þýsks dómstóls um að dvöl barnanna hér á landi sé ekki ólögmat, tengsl barnanna sem og aðila málsins við Þýskaland séu veik og að um sé að ræða tilvik sem Haag samningurinn taki ekki til.

Verði ekki á framangreind sjónarmið fallist telji varnaraðili að hafna beri kröfum um afhendingu á grundvelli 2., 3. og 4. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995. Sé það mat varnaraðila að afhending geti skaðað börnin andlega og líkamlega og með því væru þau sett í óbærilega stöðu. Verði sjónarmið sem þessi málsástæða byggi á nánar rakin við munnlegan flutning málsins, en ljóst sé að börnin og varnaraðili hafi að engu að hverfa í Þýskalandi enda hafi þau engin tengsl við landið. Börnin eigi ekki afturkvæmt í hinn bandaríska skóla sem þau hafi gengið í, þau hafi engar sjúkratryggingar lengur og þau hafi enga rót í þýsku uppeldisumhverfi. Varnaraðili hafi reynt að fá aðstoð þýskra stjórnvalda en komið hafi í ljós að þau ættu engin réttindi í Þýskalandi.

Þá hafi sóknaraðili verið ógnandi í samskiptum sínum við börnin og hafi haft í hótunum við þau. Varnaraðili segi sóknaraðila ekki heilan á geðsmunum og sé til alls trúandi. Börnin og varnaraðili geti verið í hættu í návist hans vegna þessa en varnaraðili telji börnin hræðast sóknaraðila, eins og raunar megi sjá af skýrslu félagsmálastjóra á [...] sem liggi fyrir í málinu. Sóknaraðili hafi verið rekinn úr bandaríska hernum vegna andlegra veikinda sinna og sé þess krafist að sóknaraðili leggi fram gögn um veikindi sín og aðdraganda þess að honum hafi verið vísað úr hernum. Sóknaraðili hafi haldið eftir þjónustuvegabréfum barnanna sem honum hafi þó borið skylda til að afhenda hernum við starfslok. Telji varnaraðili augljóst að tilgangur sóknaraðila með að krefjast afhendingar barnanna til Þýskalands sé að fara með þau beint til Bandaríkjanna í kjölfar umgengninnar og nota til þess vegabréfin. Hann hafi tilgreint börnin með heimilisfang í New York þegar hann hafi reynt að fá forsjá þeirra fyrir bandarískum dómstóli í desember 2010 og því

augljóst að hann telji börnin búsett þar í landi. Þá hafi hann einnig reynt að fá forsjá barnanna fyrir bandarískum dómstól í september 2009, aðeins sex dögum eftir að dómstóll í [...] hafi ákveðið að börnin skyldu búsett hjá varnaraðila. Honum sé því augljóslega ekki treystandi fyrir börnunum.

Þá telji varnaraðili börnin andvíg afhendingu enda hafi þau aðlagast vel hér á landi og aðstæður þeirra mun betri hjá varnaraðila en sóknaraðila málsins. Þá hafi þau ávallt verið í umsjá varnaraðila sem sé og hafi alltaf verið aðal umönnunarforeldri þeirra. Lögð sé fram í málinu sem dómskjal nr. 16, af hálfu sóknaraðila, skýrsla félagsmálastjóra á [...], dags. 26. mars. 2011 um viðtal við drenginn A. Komi þar fram að drengnum líði vel og aðbúnaður hans sé með ágætum. Sé skýrt af viðtali við drenginn að hann sé andvígur afhendingu og rökstyðji hann það mjög vel í viðtalinu. Félagsmálastjóri hafi ekki talið ástæðu til að ræða við telpuna eftir viðtalið við drenginn enda ljóst að aðbúnaður barnanna væri góður er könnunin hafi farið fram að beiðni lögmanns sóknaraðila. Í bréfi [...], skólastjóra Grunnskóla [...] dags. 17. mars sl. komi fram að námsleg staða drengsins sé góð, hann sé duglegur, samviskusamur og mæti vel í skóla. Hann tali og skilji íslensku ágætlega enda sé hún hans annað mál. Hann sé ánægður í skólanum og vel sé um hann hugsað. Varnaraðili telji að afstaða drengsins muni koma skýrlega fram verði við hann rætt eins og farið sé fram á í greinargerðinni, en rétt sé að einnig verði rætt við telpuna þrátt fyrir ungan aldur hennar. Við munnlegan málflutning byggði varnaraðili og á því að skýrsla Gunnars Hrafns Birgissonar sálfræðings styddi þær röksemdir sem hér áður voru raktar.

Loks telji varnaraðili 4. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995 eiga við í málinu og að afhending barnanna væri ekki í samræmi við grundvallarreglur hér á landi um verndun mannréttinda. Varnaraðili telji afhendingu barnanna eins og mál þetta sé vaxið fela í sér brot gegn réttindum þeirra samkvæmt Barnasáttmála sameinuðu þjóðanna og gegn 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu en Ísland sé aðili beggja þeirra sáttmála. Með slíkri niðurstöðu væri ekki byggt á hagsmunum barnanna heldur einvörðungu á hagsmunum sóknaraðila, en varnaraðili telji börnin eiga kröfu til þess að málið sé metið út frá þeirra forsendum og á grundvelli þess sem þeim sé fyrir bestu. Verði sjónarmið varðandi þessi atriði nánar rakin við munnlegan flutning málsins.

Um málskostnaðarkröfu kveðst varnaraðili vísa til XXI. kafla laga nr. 91/1991 einkanlega þó 130. gr. laganna.

IV

Í samræmi við fyrirmæli í 17. gr. laga nr. 160/1995, sbr. og heimild 43. gr. barnalaga nr. 76/2003 kallaði dómari eftir aðstoð Gunnars Hrafns Birgissonar sálfræðings til að leita eftir afstöðu barnanna A og B og hitti Gunnar Hrafn börnin í því skyni á dvalarstað þeirra á [...]. Skrifaði Gunnar Hrafn skýrslu um könnun sína sem liggur fyrir í málinu og kom einnig fyrir dóminn við aðalmeðferð og svaraði spurningum um efni skýrslunnar.

Kemur fram í skýrslunni að athugun Gunnars Hrafns hafi farið fram 20. maí 2011 á heimili móður að [...], en fram kemur að um sé að ræða hús foreldra hennar

sem hún hafi alist upp í.

Í niðurstöðukafla skýrslu Gunnars Hrafn greinir að honum hafi verið falið að kanna afstöðu barnanna A og B, til þessa máls foreldra þeirra með því augnamiði að hagsmunum þeirra verði gætt og þeir sem best upplýstir.

Kveður Gunnar Hrafn að það sé niðurstaða viðræðna við A að hann óski eftir því að fá að búa hjá móður og að geta verið í góðu sambandi við föður. Drengurinn sakni föður síns sem hann hafi ekki hitt frá því í nóvember sl. en hafi verið í Skype sambandi við tvisvar í viku. A hafi áhyggjur af því að pabbi hans sé reiður út í mömmu hans. Hann hafi áhyggjur af því að pabbi samþykki ekki að þau B geti átt heima hjá henni. Hann sé vanur að umgangast báða foreldra og vonist til þess að umgengni komist á. Hann hugsi sér að faðir geti komið í heimsókn til [...] og þá geti þeir gert eitthvað skemmtilegt saman. Hann vilji einnig geta heimsótt föður til New York og hugsi sér að það geti verið í um vikutíma í einu. Drengurinn lýsi sig ánægðan með að búa á [...] og finnist að best hafi verið að búa þar og á Hawaii af þeim stöðum sem hann hafi búið á. Hann hafi eignast vini á [...] honum líki vel þar í skóla og finnist gaman í ýmsum áhugamálum sem hann stundi.

Að því er varðar B kveður Gunnar Hrafn að hún hafi kosið að eiga ekki viðtal við hann og hafi sagt það skýrt með ákveðnu augnaráði og alvarlegu yfirbragði. Hafi Gunnari Hrafn virst að stúlkunni þætti þetta málefni of erfitt til að fara að tala um og hafi hann virt afstöðu hennar. Þrátt fyrir að hafna viðtali hafi stúlkun verið jákvæð í viðmóti og vinaleg. Að því marki sem Gunnar Hrafn hafi séð til hafi stúlkun haldið sig nálægt móður sinni og hafi unað sér vel. Hún hafi sýnt honum dótið sitt og hafi leikið sér að því einbeitt og með skapandi hætti. Hún hafi einnig sýnt honum myndir sem hún eigi af móðurfjölskyldu sinni og hluti sem hún hafi gert úr legókubbum og A hafi hjálpað henni með. Af orðum systkinanna um hvort annað og af samskiptum þeirra á milli í þessari heimsókn að dæma þá sé kært á milli þeirra. Þegar það hafi borið á góma að pabbi væri að koma í heimsókn í næstu viku þá hafi ekki leynt sér af brosi stúlkunnar og ljóma í augnaráði að hún hlakkaði til þess.

V

Mál þetta er afhendingarmál á grundvelli laga nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl., sbr. samning um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa sem gerður var í Haag 25. október 1980 og oft nefndur Haag samningurinn.

Krafa sóknaraðila eins og hún nú liggur fyrir dómi er um afhendingu barna aðila til Þýskalands og verður ekki fallist á með varnaraðila að kröfunni verði hafnað sökum óskýrleika.

Fyrir liggur að málsaðilar voru í hjúskap og bjuggu saman, fyrst í Bandaríkjunum, en fluttu á árinu 2008 til Þýskalands. Þá er óumdeilt að búseta aðila réðist af því að sóknaraðili var hermaður í bandaríska hernum og starfaði í herstöðvum á vegum hersins, síðast í [...] í Þýskalandi. Málsaðilar höfðu verið

skilin að borði og sæng og höfðu ekki búið saman frá því á fyrri hluta árs 2009. Þau höfðu átt í forsjardeilu fyrir þýskum dómstól sem lokið hafði með sátt þeirra í milli í september 2009 sem fól í sér að forsja barnanna væri sameiginleg og varnaraðili réði búsetu þeirra en sóknaraðili hefði umgengnisrétt. Kom einnig fram í sáttinni að varnaraðili skuldbindi sig til að búa innan 50 kílómetra radíuss við [...] næstu árin nema aðilar sammæltust um annað. Fram er komið að varnaraðili starfaði hjá hernum og að starf hennar var háð því að sóknaraðili var hermaður. Einnig mun staða barna aðila í skóla og leikskóla hafa verið háð því að faðir þeirra var starfandi hermaður. Þá liggur fyrir að sóknaraðila var vikið úr hernum fyrri hluta desembermánaðar 2010 og að við það missti varnaraðili vinnu sína og aðgang að herstöðinni. Varnaraðili kveður að þetta hafi einnig haft þau áhrif að börn aðila hafi misst annars vegar skólaláss og hins vegar dagheimilispláss. Sóknaraðili á hinn bóginn kveður að börnin hefðu getað haldið áfram í sama skóla og dagheimili eftir sem áður. Eins og áður er komið fram liggur fyrir úrskurður Yfirlandsdóms [...] frá 23. maí 2011 þar sem kveðið er á um að hald barnanna A og B á Íslandi af hálfu varnaraðila, með því að börnin hafi ekki snúið aftur til Þýskalands í janúar 2011, sé ólöglegt skv. 3. gr. Haag samningsins um brottmál barna, dags. 25. október 1980.

Í 3. mgr. 15. gr. laga nr. 160/1995 greinir að héraðsdómari geti við meðferð máls samkvæmt Haag samningnum ákveðið að leggja skuli fram yfirlýsingu yfirvalds, í því ríki þar sem barnið hafi verið búsett rétt áður en það var flutt brott eða hald hófst, um að ólöglegt hafi verið að fara með barnið eða halda því. Þetta eigi þó aðeins við sé hægt að afla slíkrar yfirlýsingar. Líta verður svo á að í nefndum úrskurði Yfirlandsdóms [...] felist slík yfirlýsing. Varnaraðili byggir á að fyrrnefnd niðurstaða hafi ekki gildi við úrlausn málsins og að hennar hafi verið aflað einhliða og án atbeina dómstólsins eins og nefnt lagaákvæði geri að skilyrði. Þá bendir varnaraðili einnig á að í nefndum úrskurði sé ekki tekin afstaða til þess hvert skuli teljast heimili barnanna í skilningi 11. gr. laga nr. 160/1995. Telur varnaraðili að staða málsaðila og barna þeirra sem hermanna fjölskyldu geri það að verkum að börnin hafi ekki þau tengsl við Þýskaland að þau geti talist hafa verið búsett þar í skilningi nefndrar lagargreinar. Þessu hefur sóknaraðili mótmælt og byggt mjög á efni umrædds úrskurðar og talið að hann hljóti að hafa úrslitaáhrif við úrlausn málsins og að börnin hafi ótvírætt verið búsett í Þýskalandi þegar hið óréttmæta hald hafi hafist.

Það er mat dómsins að ekki verði horft framhjá úrlausn hins þýska dómstóls af þeim sökum að hennar hafi ekki verið aflað fyrir tilstuðlan dómsins eins og gert er ráð fyrir í 3. mgr. 15. gr. laga nr. 160/1995. Þá er heldur ekki unnt að fallast á að hennar hafi verið aflað einhliða eins og varnaraðili heldur fram, enda má sjá af niðurstöðunni að fyrir hinum þýska dómstól mættu lögmennt beggja aðila og heldu uppi hagsmunum þeirra og tefldu fram röksemdum áður en úrskurður var felldur á málið.

Varnaraðili byggir m.a. á því í málinu að réttarstaða fjölskyldu hennar og sóknaraðila sem hermanna fjölskyldu geri það að verkum að líta verði svo á að börnin hafi ekki átt búsetu í Þýskalandi áður en hún fór með þau til Íslands, en til þessa atriðis hafi hinn þýski dómstóll ekki tekið afstöðu.

Fyrir dóminn hafa ekki verið lögð ítarleg gögn um hver sé að þýskum lögum réttarstaða bandarískra hermanna sem eru hluti herliðs sem hefur bækistöðvar í Þýskalandi. Af úrlausnum hinna þýsku dómstóla, undir- og yfirréttar,

má sjá að röksemdir varnaraðila sem lúta að framangreindu voru hafðar uppi við málsmeðferð. Allt að einu komst hinn þýski dómstóll að þeirri niðurstöðu að hald barnanna á Íslandi væri andstætt 3. gr. Haag samningsins, en ekki er unnt að komast að slíkri niðurstöðu nema taka afstöðu til þess hvort börnin hafi verið búsett í Þýskalandi í skilningi samningsins, enda búseta barnanna þar einn af efnisþáttum nefndrar 3. gr. hans. Verður því að hafna þeirri málsástæðu varnaraðila að hinn þýski dómstóll hafi ekki fjallað um hver hafi verið búseta barnanna í skilningi Haag samningsins.

Í 11. gr. laga nr. 160/1995 segir að barn sem flutt sé hingað til lands með ólögmætum hætti eða sé haldið hér á ólögmætan hátt, skuli samkvæmt beiðni afhent þeim sem rétt hafi til þess ef barnið hafi verið búsett í ríki, sem sé aðili að Haagsamningnum, rétt áður en það hafi verið flutt brott eða hald hafi hafist. Fyrir liggur að Þýskaland og Ísland eru aðilar að nefndum samningi og gildir hann því í samskiptum landanna í málum af þessu tagi, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 160/1995. Í 2. mgr. 11. gr. sömu laga kemur fram, sbr. 1. tl. málsgreinarinnar að ólögmætt sé að flytja barn eða halda því ef sú háttsemi brjóti í bága við rétt forsjáraðila eða annars aðila, án tillits til þess hvort hann fari einn með réttinn eða með öðrum, til að annast barnið samkvæmt lögum þess ríkis þar sem barnið hafi verið búsett rétt áður en það hafi verið flutt á brott eða hald hafi hafist.

Fyrir liggur, eins og fyrr greinir, að sóknaraðili og varnaraðili fara sameiginlega með forsjá barna sinna, A og B. Ekki liggur annað fyrir en að varnaraðili hafi frá samvistaslitum aðila sinnt umgengni við börnin. Er ekki unnt að fallast á að sú staðreynd að hann hafi verið kallaður heim til Bandaríkjanna og síðan leystur undan herþjónustu teljist hafa hamlað því að hann rækti umgengnisrétt sinn á þann hátt að máli geti skipt við úralausn málsins. Þá verður að fallast á með sóknaraðila að börnin hafi verið búsett í Þýskalandi í skilningi 11. gr. laga nr. 160/1995 þegar varnaraðili snéri ekki aftur með þau úr jólaleyfi á Íslandi í byrjun árs 2011. Hefur ekkert verið fært fram fyrir þennan dómstól sem gefur tilefni til að hnekkja því mati sem fram kemur í niðurstöðu hins þýska dómstóls um þetta atriði og að framan er rakið. Þá verður og talið, eins og lesa má úr niðurstöðu hins þýska dómstóls, að það tímamark sem miða verður við varðandi ólögmætt hald barnanna, er þegar varnaraðili snéri ekki aftur til Þýskalands að loknu jólaleyfi. Bar henni þá að fara aftur til Þýskalands til að ganga frá málum varðandi framtíðarfor sjá barna hennar og sóknaraðila. Er það mat dómsins að hér skipti ekki máli vangaveltur um líklega framtíðarskipan forsjár barnanna eða búsetu foreldra þeirra, en að ætla verði að tilgangur laga nr. 160/1995 og Haag-samningsins sem þau lög byggja á sé að tryggja að leyst sé úr deilum um forsjá barna í búseturíki, en eðli máls samkvæmt sé ekki unnt að gera það að skilyrði þess að barni sé skilað að búast megi við að forsjáraðilar þess búi til frambúðar áfram í því ríki. Aðilar þessa máls báru ágreining sinn um forsjá undir þýska dómstóla á árinu 2009 og náðu í kjölfarið sáttum þar sem varnaraðili m.a. skuldbatt sig til að búa í nágrenni [...] og aðilar báðir skuldbundu sig til að krefjast ekki forsjár barnanna fyrir dómstólum í heimaríkjum sínum. Varnaraðili hefur sett fram kröfu fyrir þýskum dómstól um að slitið verði sameiginlegri forsjá hennar og sóknaraðila. Er það mál í biðstöðu í Þýskalandi. Þegar af þeim ástæðum sem að framan greinir er það niðurstaða dómsins að fallast beri með sóknaraðila að skilyrðum 11. gr. laga nr. 160/1995 sé fullnægt til að taka megi kröfur hans til greina.

Þegar framangreint liggur fyrir ber dómstól að fallast á afhendingu nema við eigi undantekningarreglur sem fram koma í 1. til 4. tl. 12. gr. laganna en þá er dómara heimilt að hafna beiðni um afhendingu. Framangreindar reglur eru undantekningarreglur og ber að skýra þær þröngt og ber sá sem byggja vill á því að slíkar aðstæður séu uppi sönnunarbyrði fyrir þeim fullyrðingum sínum.

Varnaraðili hefur byggt á því að 2., 3. og 4. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995 eigi við í málinu og skuli vegna þeirra hafna afhendingu. Drengurinn A er enn ungur að aldri og því varhugavert að telja að hann skynji með fullnægjandi hætti hverju hann er nákvæmlega að leggjast gegn þegar hann kveðst ekki vilja fara aftur til Þýskalands. Verður að mati dómsins að leggja höfuðáherslu á þá afstöðu drengsins að hann vilji vera í góðu sambandi við föður sinn. Það er því mat dómsins að ekki sé unnt að fallast á með varnaraðila að barnið A hafi tjáð sig með þeim hætti að ástæða sé að beita heimildarákvæði 3. tl. 12. gr. laga nr. 160/1995 og hafna afhendingu. Þá hefur varnaraðili ekki fært fram fullnægjandi rök fyrir því að 2. tl. 12. gr. eigi hér við en gögn er varða, t.d. nálgunarbann sem sóknaraðili þurfti að sæta gagnvart varnaraðila gefa ekki til kynna að börnum aðila hafi staðið nein ógn af honum. Þá er sú afstaða sem barnið A lét uppi um að hann óttaðist reiði föður síns gagnvart móður sinni ekki sett fram með þeim hætti að telja megi að hann sjálfur hafi beig af föður sínum. Hefur varnaraðila ekki sýnt fram á það að börn hennar hafi ástæðu til að óttast sóknaraðila og er í raun ekkert í málinu sem bendir til þess. Þá er það ekki stutt nægilegum gögnum að aðstæður barnanna, snúi þau aftur til Þýskalands, gætu orðið slíkar að alvarleg hætta geti orðið á að þau sköðuðust andlega eða líkamlega, eða á annan hátt myndi leiða til þess að þau yrðu í óbærilega stöðu. Liggur ekki annað fyrir í málinu en báðir málsaðilar eigi eðlileg samskipti við börn sín.

Með vísan til alls sem að framan er rakið eru ekki rök til annars, með vísan til 11. gr. laga nr. 160/1995, en að fallast á kröfu sóknaraðila í málinu, enda er það mat dómsins að málatalbúnaður hans fullnægi ákvæðum 13. kafla laga um aðför nr. 90/1989.

Í samræmi við dómaframkvæmt hefur varnaraðili þann kost að aflétta sjálf hinu ólögmdæta ástandi og fara með börnin til [...] í Þýskalandi þar sem hún getur séð um þau eins og hún gerði áður en hún fór með þau til Íslands og mælt er fyrir um í sátt þeirri sem í gildi er milli aðila. Verður í málinu ákveðinn aðfararrestur þannig að varnaraðila gefist nokkurt ráðrúm til að bregðast við með þeim hætti. Þá eru ekki efni til annars en að fallast á þá kröfu varnaraðila að kæra úrskurðarins til Hæstaréttar fresti framkvæmd hans. Er nánar kveðið á um þessi atriði í úrskurðarorði.

Rétt þykir að málskostnaður falli niður.

Allur gjafsóknarkostnaður sóknaraðila greiðist úr ríkissjóði þar með talin málflutningsþóknun lögmanns hans, Helgu Leifsdóttur hdl., að þeirri fjárhæð sem nánar er greind í úrskurðarorði og fjallað er um hér að neðan. Sóknaraðili hefur lagt fyrir dóminn afrit reikninga vegna útlagðs kostnaðar samtals að fjárhæð 198.635 krónur, sem eru 69.398 krónur vegna mætinga annarra lögmannna fyrir dóminn, reikningur vegna þýðingar dómskjala að fjárhæð 69.750 krónur og loks reikningur löggilts dómtúlks vegna þýðingar við aðalmeðferð að fjárhæð 59.487 krónur. Eru

Þessir reikningar í samræmi við rekstur málsins. Þá kemur fram hjá lögmanninum að ferðakostnaður umbjóðanda hans hafi verið 362.000 krónur. Samkvæmt tímaskýrslu lögmannsins hefur vinna við málið verið 141,75 klukkustundir. Umfang máls þessa eins og það liggur fyrir dómnum gefur ekki tilefni til að fallast á að svo mikill tími hafi farið í vinnslu þess. Þykir hæfilegt að miða við 50 vinnustundir og er tímagjald ákveðið í samræmi við tilkynningu dómstólaráðs nr. 5/2009 þar sem fram koma viðmiðunarreglur um þóknun lögmannna í gjafsóknarmálum. Þykja gjafsóknarlaun lögmanns sóknaraðila því hæfilega ákveðin 627.500 krónur og er virðisaukaskattur meðtalinn í þeirri fjárhæð.

Allur gjafsóknarkostnaður varnaraðila greiðist úr ríkissjóði þar með talin málflytninguþóknun lögmanns hennar, Valborgar Þ. Snævarr hrl., að þeirri fjárhæð sem nánar er greind í úrskurðarorði og fjallað er um hér að neðan. Af hálfu varnaraðila hafa verið lagðir fram reikningar vegna útlagðs kostnaðar, samtals að fjárhæð 131.419 krónur, sem eru annars vegar vegna þýðinga, 56.927 krónur og hins vegar vegna mætinga annarra lögmannna að fjárhæð 74.492 krónur. Eru þessir reikningar í samræmi við rekstur málsins. Samkvæmt tímaskýrslu lögmannsins hefur vinna við málið verið 44,75 klukkustundir, auk þess sem lögmaðurinn óskaði eftir því við munnlegan málflytning að bætt yrði við þeim tíma sem málflytningur var lengri en þær 4 klukkustundir sem lögmaðurinn gerði ráð fyrir í tímaskráningu sinni. Samtals er krafan því 47 klukkustundir. Verður á tímaskráninguna fallist en tímagjald verður ákveðið samræmi við tilkynningu dómstólaráðs nr. 5/2009 þar sem fram koma viðmiðunarreglur um þóknun lögmannna í gjafsóknarmálum. Þykja gjafsóknarlaun lögmanns sóknaraðila því hæfilega ákveðin 589.850 krónur og er virðisaukaskattur meðtalinn í þeirri fjárhæð.

Halldór Björnsson héraðsdómari kvað upp úrskurð þennan.

ÚRSKURÐARORÐ:

Sóknaraðila, M, er heimilt að liðnum sex vikum frá uppsögu þessa úrskurðar að fá, A, fæddan 2001 og B, fædda 2006, tekin úr umráðum varnaraðila, K og afhent sér, eða öðrum sem hann kann að setja í sinn stað, með beinni aðfarargerð, hafi varnaraðili ekki áður fært þau til [...] í Þýskalandi eftir því sem nánar greinir í forsendum þessa úrskurðar.

Málkostnaður fellur niður.

Allur gjafsóknarkostnaður sóknaraðila greiðist úr ríkissjóði, þar með talin málsvarnarlaun lögmanns hans, Helgu Leifsdóttur héraðsdómslögmanns, sem þykja hæfilega ákveðin 627.500 krónur að meðtöldum virðisaukaskatti.

Allur gjafsóknarkostnaður varnaraðila greiðist úr ríkissjóði, þar með talin málsvarnarlaun lögmanns hennar Valborgar Þ. Snævarr hæstaréttarlögmanns, sem þykja hæfilega ákveðin 589.850 krónur að meðtöldum virðisaukaskatti.

Kæra úrskurðarins til Hæstaréttar frestar framkvæmd hans.

Halldór Björnsson