

Ú R S K U R Ð U R

Héraðsdóms Reykjaness 23. júlí 2012 í máli nr. A-92/2012:

M

(Katrín Theodórsdóttir hdl.)

gegn

K

(Þyri Halla Steingrímsdóttir hdl.)

Mál þetta, sem barst héraðsdómi 3. maí 2012, var tekið til úrskurðar 17. júlí 2012. Gerðarbeiðandi er M, kt. [...], [...]. Gerðarþoli er K, kt. [...], [...].

Dómkröfur gerðarbeiðanda eru þær að úrskurðað verði að sonur gerðarbeiðanda og gerðarþola, A, kt. [...], til heimilis hjá gerðarþola, verði tekinn úr umráðum gerðarþola og afhentur gerðarbeiðanda eða öðrum þeim aðila sem hann setur í sinn stað. Þá er þess krafist að gerðarbeiðanda verði úrskurðaður málskostnaður úr hendi gerðarþola, eins og málið væri ekki gjafsóknarmál.

Gerðarþoli krefst þess að hafnað verði kröfu gerðarbeiðanda um að drengurinn A verði tekinn úr umráðum gerðarþola og afhentur gerðarbeiðanda. Jafnframt er þess krafist að gerðarþola verði dæmdur málskostnaður úr hendi gerðarbeiðanda, eins og málið væri eigi gjafsóknarmál.

I.

Í aðfararbeiðni segir að málsaðilar hafi kynnst í [...] á árinu [...]. Gerðarbeiðandi hafi verið búsettur ásamt móður sinni, [...], og stjúpfoður á [...] og gerðarþoli hafi fljótlega flutt inn til þeirra. Málsaðilar hafi gengið í hjúskap [...] 2002 og skömmu síðar hafi þau flutt í hús sem gerðarbeiðandi hafi átt í félagi við móður sína að [...], í [...], þar sem þau hafi komið sér upp heimili.

Hinn [...] 2006 fæddist aðilum sonur, A, og hinn [...] 2009 fæddist yngri sonur þeirra, B. Fljótlega eftir fæðingu B kom í ljós að hann væri ekki heill heilsu, en hann hélt illa niðri mat og kastaði upp. Gerðarbeiðandi kveður að í lok árs 2009 hafi aðilar ákveðið að fara til Íslands til tímabundinnar dvalar í þeim tilgangi að koma drengnum þar undir læknishendur. Fyrir liggur að aðilar fóru 21. janúar 2010 til Íslands ásamt sonum sínum.

Ágreiningur er með aðilum um það hvort þau hafi ætlað að dvelja tímabundið hér á landi og hvort eini tilgangur dvalarinnar hafi verið sá að koma B hér undir læknishendur. Gerðarbeiðandi heldur því fram að aðilar hafi aldrei flutt af

heimilinu í [...] og að þar sé búslóð fjölskyldunnar ennþá og bifreið þeirra, en þau hafi tekið með sér nauðsynlegustu hluti, svo sem fatnað, fartölvur og barnadót. Þá hafi þau lánað frænku gerðarbeiðanda bifreiðina gegn því að hún greiddi öll gjöld af henni.

Gerðarþoli mótmælir því að aðilar hafi ekki flutt af heimili sínu í [...]. Gerðarþoli segir að aðilar hefðu alltaf talað um að þau ætluðu að flytja til Íslands og gerðarþoli viljað gera það þegar A væri um tveggja ára. Aðilar hafi verið sammála um að búa á Íslandi, enda væru uppeldisaðstæður þar góðar. Um heimilisaðstæður aðila í [...] segir gerðarþoli að þau hafi búið á heimili móður gerðarbeiðanda, í litlu raðhúsi í eigu móður og systur gerðarbeiðanda. Aðilar hafi ekki sjálf átt innbúið þar heldur hafi verið um að ræða hluti í eigu fjölskyldunnar, sem hafi verið þar þegar þau fluttu inn. Þeir hlutir hafi því verið skildir eftir þegar þau fluttu, enda hafi þeir ekki verið í þeirra eigu. Eina innbúið sem hafi verið keypt hafi verið barnahúsgögn og móður gerðarbeiðanda hafi verið falið að selja þau. Þá kveðst gerðarþoli hafa staðið í þeirri trú að bifreið aðila hefði verið seld móður gerðarbeiðanda. Endanleg ákvörðun um að flytja til Íslands hafi verið tekin í nóvember 2009, áður en B hafi orðið alvarlega veikur, en það hafi verið í lok desember 2009 og í janúar 2010, um það leyti sem þau hafi flutt til Íslands. Gerðarþoli segir að vissulega hafi aðilar rætt það sín á milli að prófa í tvö ár og sjá hvernig gengi og hvernig aðilum líkaði búsetan, en aldrei hafi verið fastsett að þau skyldu fara til baka á sama stað í [...] innan tveggja ára.

Lagðir hafa verið fram leigusamningar þar sem fram kemur að við komu aðila til Íslands tóku þau á leigu íbúð í [...] til eins árs, eða frá 1. mars 2010 til 28. febrúar 2011. Húsaleigusamningurinn var síðan sjálfkrafa framlengdur til þriggja mánaða í senn.

Þá hafa verið lögð fram í málinu fjölmörg gögn um sjúkrasögu B, bæði í Bandaríkjunum og hér á landi. Í læknaþreffi Landspítala, dags. 17. febrúar 2010, kemur fram að komið hafi verið með drenginn á spítalann vegna vanþrifa og sjúkdómsgreining hafi verið afbrigðilegt þyngdartap. Drengurinn gekkst undir ýmsar rannsóknir og í bréfi Péturs Lúðvígssonar, sérfræðings á Landspítala, dags. 13. september 2010, segir að í ljósi niðurstaðna rannsókna væri nokkuð ljóst að um einhvers konar [...] væri að ræða, hugsanlega [...]. B lést úr þeim sjúkdómi [...] 2011.

Gerðarbeiðandi kveður að brestir hafi verið komnir í hjónaband aðila um vorið 2011 vegna álags sem hefði fylgt veikindum B og að „árekstrar og pústrar“ hafi verið orðnir nær daglegt brauð og lögregla verið kölluð til í þriggja. Gerðarþoli mótmælir þessari lýsingu gerðarbeiðanda um „árekstra og pústra“ og segir að gerðarbeiðandi hafi margsinnis ráðist á gerðarþola á heimili þeirra og hún hafi óttast um líf sitt og heilsu. Hinn 10. maí 2012 var þingfest í Héraðsdómi Reykjaness sakamál nr. 263/2012: Ákærvaldið gegn M, þar sem ákærða er gefið að sök að hafa ráðist á gerðarþola í tvö skipti, í apríl og maí 2011. Í þinghaldi 14. júní 2012 neitaði ákærði sök og sagði að annar ákæruliðurinn ætti ekki við nein rök að styðjast og í hinum ákæruliðnum segði ranglega að hann hafi slegið gerðarþola með flötum lófa en henni hafi verið ýtt í tengslum við ágreining sem hafi verið á milli þeirra. Aðalmeðferð í málinu hefur verið ákveðin 12. september 2012.

Gerðarþoli sótti um skilnað að borði og sæng hjá sýslumanninum í [...] 4. maí 2011 en ekki hefur verið gengið frá lögskilnaði vegna ágreinings um fjárskipti. Gerðarþoli flutti af heimili aðila að [...], á meðan gerðarbeiðandi var í [...], en hann fór þangað 21. ágúst 2011, til að taka til varna í máli sem höfðað hafði verið gegn honum vegna ofgreiddra atvinnuleysisbóta, og kom hann aftur hingað til lands 26. nóvember 2011. Gerðarbeiðandi segir að gerðarþoli hafi leyst upp heimilið án samþykkis síns og komið sér upp heimili með drenginn á nýjum stað án vitneskju sinnar. Þá hafi gerðarþoli gert tilraunir til að hamla umgengni, en fyrir milligöngu lögmannna aðila hafi verið komið á umgengni þannig að drengurinn hafi dvalið að jöfnu hjá aðilum. Gerðarþoli mótmælir því að hún hafi leyst upp sameiginlegt heimili aðila án vitneskju gerðarbeiðanda. Fullt samráð hafi verið við gerðarbeiðanda, honum hafi verið vel kunnugt um flutningana og fyrir lá að gerðarþoli hafði sótt um skilnað mörgum mánuðum áður. Þá mótmælir gerðarþoli því að hún hafi reynt að hamla umgengni gerðarbeiðanda við drenginn eftir að hann kom aftur til landsins.

Hinn 29. ágúst 2011 var af hálfu gerðarbeiðanda lögð fram krafa hjá sýslumanni um að hann færi einn með forsjá A. Gerðarþoli höfðaði svo forsjármál gegn gerðarbeiðanda og var málið þingfest 23. nóvember 2011. Í málinu, nr. E-1712/2011, gerði gerðarþoli kröfu um að henni yrði falin forsjá drengsins til bráðabirgða, eða þar til endanlegur dómur gengi í málinu. Með úrskurði dómsins 3. febrúar 2012 var kröfu gerðarþola um bráðabrigðaforsjá hafnað. Ákveðið var að lögheimili drengsins skyldi vera hjá gerðarþola og úrskurðað var um umgengni gerðarbeiðanda og drengsins. Við fyrirtöku forsjármálsins 29. febrúar 2012 var fært til bókar að gerðarbeiðandi hygðist láta reyna á það hvort hann gæti fengið barnið afhent á grundvelli Haagsamningsins vegna brottnáms. Af hálfu gerðarþola var því mótmælt að grundvöllur væri fyrir slíkri kröfu. Forsjármálinu hefur verið frestað meðan mál þetta er til meðferðar.

II.

Gerðarbeiðandi byggir kröfu sína um afhendingu barnsins A á því að gerðarþoli haldi drengnum á Íslandi með ólögum hætti, sbr. 1. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995, og því beri að afhenda hann gerðarbeiðanda. Nánar tiltekið hafi gerðarþoli haldið drengnum hér á landi með ólögum hætti frá 27. júní 2011, þegar hún hafi hætt við að fara til baka til Bandaríkjanna en það hafi aldrei staðið annað til en að fara til baka þegar drengurinn B hefði fengið þá meðferð sem hann hafi þarfnast vegna veikinda sinna. Samþykki gerðarbeiðanda hafi tekið til tímabundinnar dvalar á Íslandi, einungis í þeim tilgangi að afla drengnum lækniástoðar, en ekki til varanlegrar búsetu hér á landi. Drengurinn hafi verið búsettur að [...], þegar ákvörðun hafi verið tekin um tímabundna dvöl á Íslandi. Á þeim tíma hafi staðið til að koma aftur til baka að dvölinni lokinni og því hafi aðilar skilið eftir alla búslóð sína utan nauðsynlega persónulega hluti. Þegar gerðarþoli hafi [...] 2011 tekið einhliða ákvörðun um að halda barninu á Íslandi hafi fjölskyldan ennþá verið búsett á [...], í merkingu samnings um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa frá 25. október 1980, hér eftir nefndur Haagsamningurinn, sbr. lög nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnumina barna o.fl., enda hafi aldrei verið tekin sameiginleg ákvörðun um flutning þaðan. Krafa gerðarbeiðanda er þannig byggð á því að heimili aðila sé í [...] og er studd eftirfarandi málsástæðum.

Gerðarbeiðandi telur að „búseta“ í merkingu Haagsamningsins verði skýrð í samræmi við orðalag í því samhengi sem það sé sett í og samræmist tilgangi laganna, sem sé að vernda börn sem flutt eru með ólögumætum hætti frá einu landi til annars eða þeim haldið á ólögumætum hátt gegn vilja forsjárforeldris. Þar af leiðandi, og með hliðsjón af því að ríki, sem gerist aðili, skuldbindur sig til að afhenda brottnumið barn komi fram krafa um það, verði við mat á búsetu eða „habitual residence“ að velja þann skýringarkost sem leiðir til samræmingarskýringar í samræmi við tilgang samningsins. Í erlendum brottnámsmálum hafi verið horft til ákvörðunar foreldra og afstöðu þeirra til heimilisfangs áður en til ágreinings kom. Gerðarbeiðandi byggir kröfu sína á því að aldrei hafi staðið til að fjölskyldan myndi flytja varanlega til Íslands. Aðilar hafi verið búnir að koma sér vel fyrir í [...], í húsi sem gerðarbeiðandi eigi í félagi við móður sína. Aðilar hafi stefnt að því að kaupa sér hús í [...], sem þau hafi talið vænlegra til uppeldis m.t.t. til skólamála, og þau hafi lagt fyrir fjármuni í þeim tilgangi. Báðir synir aðila hafi fæðst í [...] og þar eigi gerðarbeiðandi stóra fjölskyldu sem drengirnir hafi verið í miklum samskiptum við og sonur gerðarbeiðanda af fyrra sambandi, C, fæddur [...], búi í fjögurra klukkustunda akstursleið frá heimili aðila. Gerðarbeiðandi, sem tali ekki íslensku, hafi engin sérstök tengsl við landið og hann hafi einungis komið hingað í stuttar heimsóknir og ekkert síðustu sex árin áður en aðilar hafi ákveðið að dvelja hér á landi tímabundið. Gerðarbeiðandi og B séu bandarískir ríkisborgarar og gerðarþoli hafi sótt um bandarískt ríkisfang skömmu áður en Íslandsferðin hafi verið ákveðin. Um sumarið 2010 hafi gerðarþoli farið til [...] í viðtal vegna umsóknarinnar.

Gerðarbeiðandi byggir á því að þegar málsaðilar hafi komið til landsins hafi þau einungis tekið með sér það nauðsynlegasta til dvalarinnar, þ.e. fatnað fjölskyldunnar, persónulega muni, s.s. fartölvur, og leikföng barnanna. Þau hafi yfirgefið heimilið eins og þau hugðust koma að því aftur og öll húsgögn séu enn til staðar í íbúðinni, eldhúshöld, bækur og bifreiðinni hafi verið komið fyrir í vörslum frænku gerðarbeiðanda meðan fjölskyldan væri fjarverandi. Engar tilraunir hafi verið gerðar til að selja húsgögn eða flytja lögheimili aðila, enda sé þeim ennþá að berast póstur á heimilisfang þeirra ytra. Engu breyti þótt aðilar eigi skráð lögheimili á Íslandi, enda hafi skráning lögheimilis í sex mánuði verið forsenda þess að þau fengju aðgang að íslensku heilbrigðiskerfi. Í annan stað hafi aðilum verið skylt samkvæmt 2. gr. laga um lögheimili nr. 21/1990 að skrá lögheimili sitt hér á landi. Skráning lögheimilis á Íslandi verði því ekki metin sem búseta í merkingu Haagsamningsins og laga nr. 160/1995. Þvert á móti hafi aðilar ekki gert neinar tilraunir til að koma sér upp varanlegu heimili hér á landi heldur tekið á leigu húsnæði til eins árs. Í byrjun árs 2011 hafi verið ljóst að hverju stefndi með veikindi B en þá hafi aðilar framlengt leigusamningi um þrjá mánuði.

Þá byggir gerðarbeiðandi á því að lækisfræðileg gögn sýni að B hafi farið í margs konar rannsóknir í Bandaríkjunum síðustu mánuðina fyrir komuna til Íslands án þess að þarlendur læknum hefði tekist að greina sjúkdóminn og án þess að drengurinn fengi bata, heldur hafi honum stöðugt hrakað. Öndvert við framburð gerðarþola fyrir dómi 25. janúar 2012, í máli nr. E-1712/2011, styðji gögn þessi tilgang fararinnar til Íslands. Þá hafi kostnaður við lækismedferðina verið orðinn mikill og fyrirséð að gerðarþoli myndi missa heilsutrygginguna vegna fyrirhugaðrar lokunar spítalans þar sem hún hafi starfað. Gerðarbeiðandi heldur því fram að þessar staðreyndir hafi leitt til þess að hann hafi samþykkt að láta reyna á það hvort

Íslenskum læknum tækist að ráða bót á heilsufari drengsins, en þetta séu jafnframt hinar raunverulegu efnislegu ástæður ákvörðunar aðila um að fara til Íslands og dvelja þar tímabundið. Þegar drengurinn lést [...] 2011 hafi endanlega verið ljóst að ekki var unnt að gera meira fyrir hann, en þá hafi tilgangi dvalarinnar verið lokið. Þegar gerðarbeiðandi hafi fært í tal við gerðarþola að fara með drenginn til baka hafi hún þverttekið fyrir það. Gerðarbeiðandi telur ljóst að þegar gerðarþoli hafi neitað að fara með A til baka eftir lát yngra barnsins hafi skilyrði 1. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995 verið uppfyllt, enda hafi dvölin á þeim tíma verið orðin ólögsmæt í merkingu 2. mgr. 11. gr. laganna.

Gerðarbeiðandi vísar enn fremur til framburðar gerðarþola fyrir dómi vegna kröfu um bráðabirgðaforsjá, en hún hafi viðurkennt fyrir dómi að aðilar hefðu ákveðið að búa tímabundið á Íslandi og tiltekið tvö ár í þessu sambandi. Engu breytti þótt hún hafi ekki viðurkennt við sama tækifæri að dvölin hafi tengst veikindum drengsins, enda verði með hliðsjón af gögnum málsins og sérþekkingu gerðarþola að telja afar ótrúverðugt að aðilar hafi ekki verið búnir að átta sig á alvarleika veikinda drengsins í nóvember/desember 2009. Enn fremur vísar gerðarbeiðandi til vitnisburðar einstaklinga sem hafi þekkt vel til aðila á þeim tíma sem ferðin til Íslands hafi verið ákveðin, sbr. framlagða yfirlýsingu móður gerðarbeiðanda og vitnisburð D. Þá sýni yfirlit yfir bankaviðskipti gerðarþola á tímabilinu janúar 2010 til júní 2011 að gerðarþoli hafi haldið áfram viðskiptum sínum í [...] og ljósrit af ökuskríteini gerðarbeiðanda sýni að hann hafi ekki haft ástæðu til að taka íslenskt ökupróf og viðskipti aðila hér á landi hafi öll farið í gengum gerðarþola. Allt þetta sýni að heimili aðila í merkingu Haagsamnings og laga nr. 160/1995 hafi verið í [...] en ekki Íslandi.

Krafa gerðarbeiðanda er jafnframt reist á því að gerðarþoli hafi brotið gegn 2. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995, með því að hafa ákveðið ein og án samþykkis gerðarbeiðanda að dvelja áfram með drenginn á Íslandi. Aðilar fari sameiginlega með forsjá drengsins á grundvelli [...] Domestic Relations Law Article 6, section 81, en samkvæmt lögnum þurfi samþykki beggja foreldra til að falla frá fyrri ákvörðun um tímabundna dvöl á Íslandi. Sú aðgerð að taka ferðaskilríki barnsins í sínar vörslur og neita að afhenda gerðarbeiðanda þau sýni að hún hafi verið búin að ákveða þvert á vilja og samþykki gerðarbeiðanda að halda barninu hér á landi. Þá hafi gerðarþoli enn fremur flutt með barnið af sameiginlegu heimili aðila í [...] og í raun leyst heimilið upp án samþykkis gerðarbeiðanda meðan hann hafi verið í [...] þar sem honum hafi verið gert að taka til varna vegna ofgreiddra atvinnuleysisbóta sem aðilar hafi bæði varið til framfærslu fjölskyldunnar. Í íbúðinni hafi verið persónulegar eigur gerðarbeiðanda, sameiginlegir munir aðila og eignir drengsins en húsaleigan hafi að jafnaði verið greidd úr sameiginlegum sjóði aðila. Þegar gerðarþoli hafi neitað, eftir lát yngri drengsins, að fara með A til baka hafi dvölin verið orðin ólögsmæt í merkingu 1. tl. 2. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995 og beri því að afhenda drenginn í samræmi við 1. mgr. 11. gr. laganna. Samkvæmt 39. gr. barnalaga nr. 76/2003 þurfi samþykki beggja forsjáforeldra til að samþykkja flutning milli landa.

Þá er byggt á því að skilyrði 2. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995 séu uppfyllt, enda hafi gerðarbeiðandi farið með forsjá drengsins þegar gerðarþoli hafi ákveðið, í andstöðu við vilja gerðarbeiðanda, að halda drengnum hér á landi er hún hafi neitað að afhenda ferðaskilríki hans, en þá hafi hið ólögsmæta hald á drengnum hafist. Samkvæmt lögum heimalandsins sé kveðið á um að hjón fari sameiginlega með

forsjá barna sinna. Aðilar málsins hafi verið í hjónabandi á þeim tíma sem gerðarþoli hafi neitað að afhenda ferðaskilríki barnsins og þau séu í raun ennþá í hjónabandi þrátt fyrir að gerðarþoli hafi sótt um skilnað að borði og sæng hjá sýslumanninum í Kópavogi 4. maí 2011 og því fari þau saman með forsjána sem hjón. Í máli um bráðabirgðaforsjá drengsins hafi kröfu gerðarþola um að fara ein með forsjá barnsins til bráðabirgða verið hafnað.

Gerðarbeiðandi telur að ekki séu fyrir hendi þær ástæður sem mælt er fyrir um í 12. gr. laga nr. 160/1995 sem leitt geti til þess að synjað verði um afhendingu barnsins. Krafan hafi verið sett fram innan árs frá andláti yngri drengsins [...] 2011 en þá hafi gerðarþoli neitað að fara með drenginn til baka. Fari svo að dómari telji ósannað að aðilar hafi miðað dvöl sína við veikindi drengsins er byggt á því að gerðarþoli hafi viðurkennt að aðilar hafi ákveðið tveggja ára dvöl hér á landi, en sá tími hafi runnið út 21. janúar 2012, ef miðað er við komu þeirra til landsins.

Gerðarbeiðandi mótmælir því að drengurinn hafi aðlagast aðstæðum hér á landi með þeim hætti að það fari í bága við hagsmuni hans að verða fluttur á heimili þar sem hann hafi búið frá fæðingu og þekki sig vel. Hann hafi komið nokkuð reglulega til landsins með móður sinni og alltaf farið aftur heim að þeim ferðum loknum. Drengnum geti ekki stafað hætta af því að fá að sameinast fjölskyldu sinni, sem hann spytji reglulega um og vilji fá að hitta. Þá skipti máli í þessu sambandi að uppeldi og umönnun A hafi í ríkum mæli komið í hlut gerðarbeiðanda allt frá fæðingu barnsins. Gerðarþoli hafi unnið á löngum vöktum meðan fjölskyldan hafi búið í [...] en þá hafi hún unnið þrjá daga í röð á 12 tíma vöktum og átt síðan frí í fjóra daga. Þá hafi tekið við vaktir í fjóra daga og síðan hafi hún átt frí í þrjá daga. Þá daga sem gerðarþoli hafi starfað langan vinnudag hafi gerðarbeiðandi gætt drengsins og þegar gerðarþoli hafi verið í fríi hafi hún verið með drenginn. Stundum hafi amma [...] eða [...], systir gerðarbeiðanda, hlaupið í skarðið og gætt drengsins, en hann hafi verið mjög hændur að þeim. [...] hafi gjarnan dvalið á heimili aðila um helgar og hafi hún haft sérstakt herbergi í húsinu þegar hún hafi dvalið þar. Strax við komuna til Íslands hafi gerðarþoli byrjað að vinna á [...], en gerðarbeiðandi að mestu verið heima með drenginn utan 3-4 mánuði sem hann hafi starfað í [...]. Fram að uppkvaðningu úrskurðar Héraðsdóms Reykjaness 3. febrúar 2012 hafi drengurinn dvalið til skiptis hjá foreldrum sínum en frá þeim tíma hafi drengurinn dvalið hjá gerðarbeiðanda í sex daga en hjá gerðarþola í átta daga af hverjum fjórtán dögum. Gerðarbeiðandi telur að afhending barnsins muni tryggja hagsmuni þess best í ljósi þess að gerðarþoli hafi, vegna tengsla sinna við [...], mun betri möguleika á áframhaldandi búsetu ytra en gerðarbeiðandi hafi hér á landi, enda hafi hún búið þar síðustu [...] árin, þar hafi hún öðlast menntun sína og nú hafi henni að öllum líkindum verið veitt bandaríkt ríkisfang.

Gerðarbeiðandi tekur fram að þegar forsjármál aðila hafi verið þingfest í Héraðsdómi Reykjaness 23. nóvember 2011 hafi hann ekki mætt þar sem hann hafi talið að fjalla ætti um forsjá drengsins fyrir bandarískum dómstólum. Gerðarbeiðandi hafi hins vegar tekið til varna vegna kröfu gerðarþola um að henni yrði einni falin forsjá drengsins til bráðabirgða, enda hafi fyrstu viðbrögð gerðarþola, þegar gerðarbeiðandi kom frá [...] 26. nóvember 2011, verið að koma í veg fyrir umgengni milli feðganna. Fyrir tilstilli lögmanna hafi umgengni verið komið á og í úrskurði héraðsdóms frá febrúar 2012 hafi verið úrskurðað um umgengni. Gerðarbeiðandi telur að af 20. gr. laga nr. 160/1995 megi ráða að rekstur

forsjarmáls hér á landi komi ekki í veg fyrir að afhending megi fara fram heldur skuli forsjarmálið bíða þar til skorið hefur verið úr ágreiningi í afhendingarmáli.

III.

Gerðarþoli kveðst byggja kröfu sína um að kröfu gerðarbeiðanda verið hafnað á ákvæðum laga nr. 160/1995 um viðurkenningu og fullnustu erlendra ákvarðana um forsjá barna, afhendingu brottnuminna barna o.fl. Þá byggir gerðarþoli á ákvæðum Haagsamnings um einkaréttarleg áhrif af brottnámi barna til flutnings milli landa frá 25. október 1980.

Gerðarþoli segir að grundvallarviðmiðið, þ.e.a.s. tilgangur þess að Haagsamningurinn var samþykktur árið 1980 og lög nr. 160/1995 sett, sé að koma í veg fyrir að annað foreldri geti, án samþykkis hins, farið með barn á brott úr því ríki sem það á fasta búsetu (upprunaríki) eða haldið því í öðru ríki en þar sem það á fasta búsetu (móttökuríki), áður en leyst verður með lögmætum hætti úr ágreiningi aðila varðandi forsjána eða búsetuna í upprunaríkinu.

Aðilar hafi ákveðið í sameiningu að flytjast frá Bandaríkjunum til Íslands í byrjun árs 2010 og hafi síðan átt hér lögheimili og fasta búsetu, fyrst með drengjum sínum báðum, en eftir andlát þess yngri í júní 2011 með eldri drengnum, A. Gerðarþoli og drengurinn búi nú í [...], í leiguíbúð á vegum [...]. Gerðarbeiðandi búi jafnframt í [...].

Gerðarþoli telur að það að annar aðilinn hafi síðar meir orðið ósáttur við búsetuna hér á landi geti ekki eitt leitt til þess að um ólögmætt hald á barni sé að ræða í skilningi laga nr. 160/1995 eða Haagsamningsins. Þannig byggir gerðarþoli kröfu sínar á því að ólögmætisskilyrði 11. gr. laga nr. 160/1995 séu ekki uppfyllt.

Þegar aðfararbeiðni þessi er lögð fram hafi aðilar og drengurinn átt hér lögheimili og fasta búsetu síðan í janúar 2010, eða í tvö og hálf ár. Þá fari aðilar sameiginlega með forsjá drengsins til bráðabirgða samkvæmt úrskurði Héraðsdóms Reykjaness frá 3. febrúar 2012. Gerðarþoli hafi lagt fram beiðni um úrskurð um bráðabirgðaforsjá hinn 21. nóvember 2011 og gerðarbeiðandi tekið til varna í málinu. Nokkru áður, eða í maí 2011, hafi gerðarþoli sótt um skilnað að borði og sæng hjá sýslumannsembættinu í [...] og 29. ágúst 2011 hafi gerðarbeiðandi samþykkt skilnaðarkröfuna. Á undanförunu ári hafi lögmenn aðila átt í talsverðum viðræðum vegna fjárskipta aðila en ekki hefur náðst samkomulag um þau.

Framangreind mál hafi öll með hagsmuni drengsins A að gera og þau hafi haft í för með sér umfangsmiklar málsmeðferðir hjá opinberum aðilum. Aldrei hafi því verið borið við af hálfu gerðarbeiðanda að drengnum væri haldið hér á landi með ólögmætum hætti. Krafa um afhendingu og staðhæfingar um ólögmæta búsetu hans hér á landi skjóti því skökku við svo ekki sé fastar að orði kveðið.

Málsástæðum í aðfararbeiðni um að aðilar og drengurinn séu á einhvern hátt enn búsett í [...] í skilningi Haagsamningsins er harðlega mótmælt. Þvert á móti telur gerðarþoli að staðreyndin sé sú að aðilar máls þessa og drengurinn hafi öll fasta búsetu hér á landi í skilningi samningsins. Gerðarbeiðandi hafi sjálfur haft hér leigusamning um húsnæði fram til ársins 2013. Þá telur gerðarþoli að gerðarbeiðandi hafi sótt um varanlegt dvalarleyfi, en hún hafi ekki nánari

upplýsingar um það.

Til að um ólögmætt brott nám eða hald sé að ræða í skilningi samningsins þurfi öll skilyrði 11. gr. laga nr. 160/1995 að vera uppfyllt, en skilyrðin eru þrjú: Í fyrsta lagi þurfi barn að hafa verið búsett í samningsríki sem eigi aðild að Haagsamningnum, og þá í öðru samningsríki en málsmeðferðin fari fram í (sbr. 1. mgr. 11. gr. og hugtökin upprunaríki og móttökuríki). Í öðru lagi þurfi brott námið eða haldið að fela í sér brot á rétti forsjáraðila til að annast barnið samkvæmt lögum upprunaríkisins (sbr. 1. tölul. 2. mgr. 11. gr. laganna) og í þriðja lagi þurfi sá aðili sem fer fram á afhendingu að hafa í raun farið með rétt til að annast barnið þegar brott nám eða hald átti sér stað eða hefði farið með þann rétt ef hið ólögmeta ástand ætti sér ekki stað. Gerðarþoli byggir kröfu sína á því að ekkert af framangreindum skilyrðum sé uppfyllt.

Gerðarþoli vísar til fyrirbyggjandi flutningstilkynningar til Þjóðskrár Íslands, dags. 25. janúar 2010, sem báðir aðilar hafi skrifað undir. Hún sé ótakmörkuð og ekki háð neinum skilyrðum. Frá og með 25. janúar 2010 hafi því gerðarbeiðandi, gerðarþoli og drengurinn átt lögheimili hér á landi og fasta búsetu í skilningi lögheimilislaga nr. 21/1990.

Í frumvarpi til laga nr. 160/1995 komi fram að eðlilegast sé talið að hugtakið búseta (e. habitual residence) verði skýrt með hliðsjón af 2. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1990 um lögheimili. Í athugasemdum við fyrrgreinda 11. gr. komi jafnframt fram að við mat á því hvort ólögmætt ástand sé til staðar í skilningi samningsins skuli litið til laga þess ríkis, þar sem barnið var búsett þegar það var flutt á brott eða því haldið, og úrskurða dómstóla og stjórnvalda þar um.

Þá vísar gerðarþoli jafnframt til þess að í 32. gr. barnalaga nr. 76/2003 segir að foreldrar skuli, í samningi um sameiginlega forsjá, greina hjá hvoru foreldri barn skuli hafa lögheimili *og þar með að jafnaði hafa fasta búsetu*. Samhljóða ákvæði hafi verið í eldri barnalögum frá 1992. Í barnarétti sé því gengið út frá því að þar sem barn hafi skráð lögheimili hafi það jafnframt fasta búsetu.

Ljóst sé að engir úrskurðir dómstóla eða stjórnvalda, annarra en íslenskra, liggja fyrir í máli þessu varðandi drenginn A. Í fyrrgreindum úrskurði Héraðsdóms Reykjaness um bráðabirgðaforsjá drengsins sé skýrt kveðið á um að lögheimili hans sé hjá móður. Föst búseta drengsins, í skilningi lögheimilislaga og barnalaga, sé og hafi verið hér á landi frá 25. janúar 2010 og því sé skilyrðinu um að barn, sem krafist er afhendingar á, eigi fasta búsetu í öðru ríki ekki fullnægt og ólögmatisskilyrðið þar með ekki fyrir hendi.

Þá hafi í engu verið brotið á rétti gerðarbeiðanda sem forsjáraðila til að annast drenginn, enda njóti drengurinn ríflegs umgengnisréttar við gerðarbeiðanda samkvæmt títtnefndum úrskurði um bráðabirgðaforsjá. Hafi sú umgengni gengið eftir að öllu leyti frá uppkvaðningu úrskurðar. Skilyrði 1. tl. 2. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995 séu því ekki heldur fyrir hendi.

Þá hafi í engu verið sýnt fram á að ef aðilar hefðu farið aftur til Bandaríkjanna, eða aldrei flutt hingað til lands, myndi gerðarbeiðandi þar með fara með forsjárrétt yfir drengnum, sbr. 2. tl. 2. mgr. 11. gr. sömu laga.

Krafa gerðarþola um höfnun á kröfu gerðarbeiðanda um afhendingu drengsins er þannig byggð á því að ólögmatisskilyrði 11. gr. laga nr. 160/1995 séu ekki fyrir hendi, en gerðarþoli áréttar að öll skilyrði 11. gr. þurfi að vera fyrir hendi svo ástand sé talið ólögmat.

Verði, þrátt fyrir framangreindar málsástæður gerðarþola, fallist á að skilyrði 11. gr. laga nr. 160/1995 eigi við og að drengnum A sé haldið hér á landi með ólögmatum hætti er byggt á því að heimilt sé að synja um afhendingu hans, með vísan til 1. og 2. tl. 12. gr. sömu laga.

Með vísan til fyrri málsástæðna telur gerðarþoli ljóst að drengurinn hafi verið búsettur hér í tvö og hálf ár og því sé skilyrðinu um að minna en ár sé liðið frá því að ólögmat ástand hófst ekki fullnægt. Á því virðist byggt af hálfu gerðarbeiðanda að ólögmat hald hafi hafist þegar yngri drengur aðila lést, í júnímánuði 2011. Gerðarþoli mótmælir öllum staðhæfingum um að flutningar þeirra hingað til lands hafi verið í þeim eina tilgangi að leita lækninga fyrir yngri son þeirra og í því hafi falist skylda hennar til að snúa til baka til Bandaríkjana sama dag og hann lést. Sú dagsetning sé í raun ekki í samræmi við þann málflutning gerðarbeiðanda um að ákveðið hafi verið að búa hér á landi í tvö ár, og ólögmat hald hafist eftir það. Virðist gerðarbeiðandi byggja á hvoru tveggja í senn, en hvorugt eigi sér stöð í raunveruleikanum.

Gerðarþoli telur að það geti ekki verið drengnum fyrir bestu að taka hann úr umsjá hennar og færa hann til gerðarbeiðanda, eins og gerðarbeiðandi krefst, og breyta þannig búsetu hans, enda hafi drengurinn búið hér á landi í tvö og hálf ár, eða frá fjögurra ára aldri, og aðlagast aðstæðum hér. Hann muni vart eftir búsetu sinni í Bandaríkjunum og tengir föður sinn og föðurfjölskyldu ekki við það að hann skuli búa með þeim. Honum þyki vænt um föður sinn og alla hans fjölskyldu og sé tengdur þeim. Gerðarþoli hafi ekki og muni ekki koma í veg fyrir að þau tengsl séu ræktuð. Drengurinn hafi verið á sama leikskóla allan tímann og byrji í grunnskóla í haust með vinum sínum og félögum úr leikskólanum og hlakki mjög til þess. Þá sé drengurinn mjög háður móður sinni, sem ávallt hafi verið aðalumnunaraðili hans. Gerðarþoli ítrekar að drengurinn hafi verið búsettur hér í tvö og hálf ár og krafa um ólögmat brottám eða hald því of seint fram komin, með vísan til 1. tölul. 12. gr. laga nr. 160/1995, enda hafi drengurinn A aðlagast aðstæðum hér.

Gerðarþoli kveðst kannast við að rætt hafi verið um tvö ár í sambandi við búferlaflutninga til Íslands. Hins vegar hafi aldrei neitt verið fastsett í þeim efnun og aðilar hafi rætt um að sjá til með framhaldið eftir þann tíma. Þegar rætt hafi verið um búferlaflutninga til Íslands frá Bandaríkjunum hafi engum verið ljóst hvílikur umsnúningur yrði á aðstæðum aðila á þeim tíma, en þau hafi misst yngri son sinn eftir alvarleg veikindi og hjónabandi þeirra hafi lokið. Þá hafi gerðarbeiðandi verið ákærður fyrir að leggja hendur á gerðarþola á heimili þeirra. Í máli þessu, sem varði fimm ára dreng, verði að taka mið af því grundvallarsjónarmiði í barnarétti að ef taka á ákvarðanir um málefni barns þurfi að skoða afleiðingar þeirra ákvarðana og forsendur út frá stöðu barns og högum á hverjum tíma og ákveða þannig hvað barninu sem um ræðir sé fyrir bestu. Miðað við allar þær breytingar sem hafi orðið á aðstæðum drengsins frá flutningi hingað til lands verði að telja, ef komist verður að þeirri niðurstöðu að fastsett hafi verið að snúa til baka til Bandaríkjana að tveimur árum liðnum (miðað við janúar 2010), að

þá hafi forsendur slíks samkomulags brostið þegar sótt var um skilnað að borði og sæng í maí 2011.

Gerðarþoli heldur því fram að bréf ýmissa fjölskyldumeðlima og vina gerðarbeiðanda, sem hann hefur lagt fram til stuðnings kröfum sínum, séu jafnframt misvísandi hvað varðar tímalengd búsetu gerðarbeiðanda hér á landi.

Gerðarþoli segir að hún kannist alls ekki við að flutningurinn hingað til lands hafi verið í þeim tilgangi einum að leita læknisaðstoðar fyrir yngri drenginn, þótt vissulega hafi það spilað inn í þegar á reyndi. Ákvörðunin um flutning hafi verið tekin áður en ljóst var hversu alvarleg veikindi drengsins voru og gerðarþoli telur fráleitt að halda því fram að henni hafi borið skylda til að snúa til baka til Bandaríkjanna þá þegar er yngri drengurinn féll frá.

Einnig er byggt á því í máli þessu, með vísan til málavaxtalýsingar og fyrrgreindra málsástæðna varðandi 1. tl. 12. gr., að það sé alvarleg hættu á því að afhending drengsins muni skaða hann eða koma honum í óbærilega stöðu, sbr. 2. tl. sama ákvæðis. Gerðarbeiðandi hafi verið ákærður fyrir líkamsárás á gerðarþola og hafi hann margsinnis hóttað því að fara með drenginn til Bandaríkjanna gegn hennar vilja og muni hún þá aldrei aftur sjá hann. Telur gerðarþoli að ef fallist verði á kröfu gerðarbeiðanda í máli þessu sé hættu á því að hann búi við ofbeldi á heimili gerðarbeiðanda og gerðarbeiðandi muni auk þess banna henni og fjölskyldu hennar umgengni við drenginn.

Með vísan til framangreinds gerir gerðarþoli kröfu um synjun á afhendingu drengsins samkvæmt kröfu gerðarbeiðanda, verði komist að þeirri niðurstöðu að um ólögmætt hald sé að ræða á drengnum hér á landi.

Er öllum kröfum gerðarbeiðanda í máli þessu mótmælt, sem og málalátbúnaðinum öllum.

Krafa um málskostnað er byggð á XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, einkum 130. gr. Krafa um virðisaukaskatt af málflutningsþóknun byggist á lögum nr. 50/1988, þar sem lögmönnum sé gert að innheimta virðisaukaskatt vegna þjónustu sinnar. Gerðarbeiðandi í máli þessu sé ekki virðisaukaskattsskyld vegna þessa málarekstrar og sé henni því nauðsyn að fá skattinn tildæmdan úr hendi gerðarþola.

IV.

Í máli þessu krefst gerðarbeiðandi þess að fá afhentan drenginn A, sem er fæddur [...] 2006, 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 (Haagsamningurinn).

Samkvæmt 1. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995 skal barn, sem flutt er hingað til lands með ólögmætum hætti eða er haldið hér á ólögmætan hátt, afhent þeim sem rétt hefur til þess ef barnið var búsett í ríki, sem er aðili að Haagsamningnum, rétt áður en það var flutt á brott eða hald hófst. Þannig verður barn sem dvelst á Íslandi ekki afhent til ríkis sem er aðili að Haagsamningnum nema barnið hafi verið búsett

Í því ríki rétt áður en það var flutt burt eða hald hófst. Það er því grundvallaratriði í máli þessu að skera úr um hvar drengurinn var búsettur í skilningi laga nr. 160/1995 áður en meint ólöglegt hald hófst, en um það er ágreiningur með aðilum. Nánar tiltekið heldur gerðarbeiðandi því fram að drengurinn sé búsettur í Bandaríkjunum og að gerðarþoli haldi drengnum hér á landi með ólöglegum hætti, sbr. 1. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995, en gerðarþoli mótmælir því alfarið að drengurinn teljist þar búsettur, heldur hafi hann búsetu á Íslandi.

Hugtakið búseta (e. habitual residence) er ekki skilgreint í Haagsamningnum eða lögum nr. 160/1995. Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi með lögnum segir að sammingsríki hafi svigrúm til að afmarka hvað felst í hugtakinu með hliðsjón af löggjöf sinni og því sé eðlilegast að skýra hugtakið með sama hætti og föst búseta í 2. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1990 um lögheimili. Það sé einnig í samræmi við athugasemdir við 32. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, um skýringu á hugtakinu í þeirri grein. Sé byggt á þessari skýringu hugtaksins í þeim ákvæðum frumvarpsins sem það birtist. Samkvæmt framansögðu hefur það verulega þýðingu hvort barn hefur lögheimili hér á landi en önnur atriði koma einnig til skoðunar.

Óumdeilt er að málsaðilar bjuggu saman í Bandaríkjunum frá árinu [...] og þar til þau komu hingað til lands 21. janúar 2010 með syni sína. Gerðarbeiðandi heldur því fram að þau hafi einungis ætlað að dvelja hér á landi tímabundið, vegna veikinda B. Þegar B lést [...] 2011 hafi þau því átt að snúa aftur til Bandaríkjanna en gerðarþoli hafi neitað því og þannig haldið drengnum hér á landi með ólöglegum hætti, sbr. 1. mgr. 11. gr. laga nr. 160/1995. Gerðarbeiðandi heldur því jafnframt fram að gerðarþoli hafi lýst því yfir fyrir dómi í forsjármáli aðila, þegar krafa hennar um bráðabirgðaforsjá var til meðferðar, að þau hafi ekki ætlað að dvelja hér á landi í meira en tvö ár. Þessu mótmælir gerðarþoli og segir að það hafi ekki verið ákveðið að þau myndu snúa aftur til Bandaríkjanna eftir tvö ár og hún mótmælir því enn fremur að veikindi Bs heitins hafi verið eina ástæða þess að þau fóru til Íslands, en þau hefðu alltaf talað um að flytja til Íslands, þar sem upveldisaðstæður væru góðar og gerðarþoli ætti fjölskyldu.

Að mati dómsins verða orð gerðarþola í forsjármálinu ekki skilin þannig að hún hafi viðurkennt að dvöl þeirra hér ætti að vera tímabundin, þegar hún sagði að þau hafi ætlað að prófa að búa hér í tvö ár, enda bætti hún við að gerðarbeiðandi hefði alltaf lofað því að þau myndu fara til Íslands og þau hefðu svo ætlað að tala um hvað þau myndu gera í framhaldinu, hvort þeim líkaði að vera hér eða ekki. Þá verður af gögnum málsins ekki ráðið að það hafi legið fyrir að veikindi B heitins hefðu verið jafn alvarleg og raun bar vitni þegar þau ákváðu að koma hingað til lands og er ósannað gegn andmælum gerðarþola að dvöl þeirra hér á landi hafi átt að vera tímabundin og að veikindi drengsins hafi verið eina ástæða komu þeirra. Yfirlýsingar fjölskyldu og vina gerðarbeiðanda, sem ekki hafa komið fyrir dóm, breyta engu í þessu sambandi.

Þá er ósannað gegn andmælum gerðarþola að þau hafi skilið eftir búslóð sína í Bandaríkjunum og er eignarhald á húsinu þar sem þau bjuggu nokkuð á reiki, en engin gögn liggja fyrir um þetta. Gerðarbeiðandi kveðst eiga húsið með móður sinni og jafnvel systur en gerðarþoli hefur sagt að móðir hans eigi það. Fram hefur komið í málinu að aðilar greiddu leigu þegar þau bjuggu þar. Þá verður gegn mótmælum gerðarþola ekki byggt á því að aðilar hafi skilið eftir bifreið í

Bandaríkjunum, enda kveðst gerðarþoli hafa staðið í þeirri trú að bifreiðin hafi verið seld og er hún ekki lengur skráð á nafn gerðarbeiðanda. Önnur atriði sem gerðarbeiðandi hefur bent á máli sínu til stuðnings sýna að mati dómsins ekki fram á að aðilar og drengurinn verði talin búsett í Bandaríkjunum, s.s. það að gerðarþoli notaði áfram bankareikning sem hún átti í Bandaríkjunum eða að þau voru í leiguhúsnæði hér á landi.

Þegar allt framangreint er virt, að ósannað er að aðilar hafi ákveðið að dvöl þeirra hér á landi hafi átt að vera tímabundin eða hafi aðeins tengst veikindum B heitins, að aðilar málsins og A eru með lögheimili hér á landi, sbr. 1. gr. laga nr. 21/1990 um lögheimili, að þau hafa búið hér í tvö og hálf ár, að aðilar hafa haldið heimili hér og stundað vinnu og A hefur verið hér í leikskóla, en til stendur að hann byrji í grunnskóla í lok sumars, verður að líta svo á að aðilar og drengurinn séu búsett á Íslandi. Er því ekki um að ræða ólöglegt hald á barni og úrræði í lögum nr. 160/1995 eiga hér ekki við. Verður því að hafna kröfu gerðarbeiðanda, eins og nánar greinir í úrskurðarorði.

Eftir atvikum þykir rétt að málskostnaður í máli þessu falli niður. Aðilar hafa báðir fengið útgefið leyfi til gjafsóknar vegna reksturs máls þessa. Gjafsóknarkostnaður aðila greiðist því úr ríkissjóði. Þóknun lögmanns gerðarbeiðanda þykir hæfilega ákveðin, með hliðsjón af tímaskýrslu og tilkynningu dómstólaráðs nr. 5/2009 um viðmiðunarreglur fyrir dómstóla, 690.250 krónur, að meðtöldum virðisaukaskatti. Með sama hætti þykir þóknun lögmanns gerðarþola hæfilega ákveðin 476.900 krónur, að meðtöldum virðisaukaskatti.

Úrskurð þennan kveður upp Sandra Baldvinsdóttir héraðsdómari.

Ú r s k u r ð a r o r ð:

Kröfu gerðarbeiðanda, M, um að drengurinn A verði tekinn úr umráðum gerðarþola, K, og afhentur gerðarbeiðanda, er hafnað.

Málskostnaður í máli þessu fellur niður.

Allur gjafsóknarkostnaður gerðarbeiðanda greiðist úr ríkissjóði, þar með talin þóknun lögmanns hans, að fjárhæð 690.250 krónur.

Allur gjafsóknarkostnaður gerðarþola greiðist úr ríkissjóði, þar með talin þóknun lögmanns hennar, að fjárhæð 476.900 krónur.

Sandra Baldvinsdóttir