

Ú R S K U R Ð U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 7. febrúar 2013 í máli nr. E-3427/2012:

A

(Ingibjörg Ólöf Vilhjálmsdóttir hdl.)

gegn

B

(Katrín Theodórsdóttir hdl.)

Mál þetta, sem tekið var til úrskurðar 30. janúar sl., var höfðað 9. október 2012 af A, [---], Reykjavík, gegn B vegna forsjár dóttur aðila, D.

Dómkröfur stefnanda eru þær að honum verði falin forsjár dóttur sinnar, D. Jafnframt er þess krafist að ekki megi að óloknu máli þessu fara með barnið úr landi. Loks er krafist málskostnaðar auk virðisaukaskatts þar sem stefnandi sé ekki virðisaukaskattsskyldur.

Af hálfu stefndu er þess aðallega krafist að málinu verði vísað frá dómi en til vara er krafist sýknu af öllum kröfum stefnanda. Jafnframt er þess krafist að málsvara stefndu verði greiddur málskostnað að viðbættum virðisaukaskatti að skaðlausu. Við þingfestingu málsins 18. október sl. var ekki sótt þing af hálfu stefndu en aðstoðarmaður dómara skipaði henni málsvara samkvæmt 39. gr. barnalaga nr. 76/2003 í nóvember sl.

Munnlegur málflutningur fór fram um frávísunarkröfu stefndu 30. janúar sl. og verður leyst úr henni með úrskurði þessum.

Í þessum þætti málsins er þess krafist af hálfu stefndu að málinu verði vísað frá dómi. Einnig er þess krafist að málsvara stefndu verði greidd málflutningsþóknun samkvæmt 39. gr. barnalaga ásamt virðisaukaskatti með hliðsjón af tímaskýrslu.

Stefnanda krefst í þessum þætti málsins að frávísunarkröfunni verði hafnað. Einnig er krafist málskostnaðar en að málskostnaðarákvörðun verði látin biða þar til málið verður til lykta leitt efnislega.

I.

Stefnandi hefur höfðað málið í samræmi við ákvæði barnalaga en stefnda fer með forsjá barns málsaðila sem voru hvorki í hjúskap né skráðri sambúð við fæðingu barnsins. Stefnandi vísar til þess að málsaðilar hafi verið saman þar til nokkrum vikum eftir fæðingu barnsins. Þessu mótmælir stefnda og heldur því fram að þau hafi aldrei verið í föstu sambandi.

Kröfur stefnanda í málinu um forsjá barnsins eru byggðar á því að það þjóni hagsmunum þess að fela honum forsjána. Stefnda hafi hamlað stefnanda umgengni við barnið þrátt fyrir að það hafi þörf fyrir samneyti við báða foreldra. Stefnandi hafi fengið úrskurð sýslumanns um umgengni við barnið en stefnda hafi alltaf reynt að tefja málið. Hún hafi mætt treglega til funda og hún hafi farið fram á að úrskurðurinn yrði felldur úr gildi. Málið sé enn til meðferðar hjá ráðuneytinu. Stefnandi hafi ekkert annað en hagsmuni og velferð barnsins að leiðarljósi. Hætta sé á að tengsl barnsins við föður sinn rofni. Eina færa leiðin sé að stefnanda verði falin forsjá barnsins. Þar sem hann hafi óttast að stefnda færi með dóttur málsaðila úr landi hafi hann farið fram á að dómari úrskurði að ekki megi að óloknu forsjármáli þessu fara með barnið úr landi.

Stefnda telur að tengsl barnsins við hana séu mun sterkari en við stefnanda og því þjóni það hagsmunum barnsins best að henni verði falin áfram forsjá þess. Barnið þekki stefnanda ekki enda hafi hann í fyrstu ekki sýnt áhuga á umgengni við það. Stefnda telur að hún sé mun hæfari til að sinna uppeldi barnsins en hann. Stefnandi virtist ekki gera sér grein fyrir því hvað barninu sé fyrir bestu og hann setji sína hagsmuni í forgang. Stefnda kveðst ekki treysta stefnanda til að gæta hagsmuna barnsins og því hafi hún ekki verið reiðubúin að setja barnið í umgengni til hans.

II.

Krafa stefndu um frávísun málsins er reist á því að málið sé höfðað á röngu varnarþingi. Fyrir liggir að heimilisvarnarþing hennar hafi verið [---] þegar málið var höfðað og heimilisvarnarþing hennar sé þar ennþá. Málið hafi því borið að höfða í [---] samkvæmt 37. gr. barnalaga nr. 76/2003 og íslensks einkamála réttarfars, sbr. og 32. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Samkvæmt 1. mgr. 37. gr. barnalaga skuli höfða forsjármál á heimilisvarnarþingi barns eða á heimilisvarnarþingi stefnda að öðrum kosti. Ef hvorugt þeirra á heimilisvarnarþing hér á landi megi höfða mál á heimilisvarnarþingi stefnanda.

Heimilisvarnarþing stefndu og barnsins hafi verið í [---] þegar málið var höfðað 9. október 2012. Hugtakið heimilisvarnarþing merki þann stað þar sem stefndi eigi heimili hverju sinni. Við skýringu á ákvæðinu verði því að horfa til ákvæða laga nr. 21/1990 um lögheimili. Í 1. mgr. 1. gr. laganna komi fram að lögheimili manns sé sá staður þar sem hann hafi fasta búsetu og í 2. mgr. segi að maður teljist hafa fasta búsetu á þeim stað þar sem hann hafi bækistöð sína, dveljist að jafnaði í tómtundum sínum, þar sem hann hafi heimilismuni sína og þar sem svefnstaður hans sé þegar hann sé ekki fjarverandi um stundarsakir vegna orlofs, vinnuferða,

veikinda eða annarra hliðstæðra atvika. Varnarþingsregla barnalaga sé í samræmi við meginreglur réttarfarslaga nr. 91/1991. Reglan um að manni verði stefnt til dóms á heimilisvarnarþingi sé meginregla íslenskra laga, sbr. 1. mgr. 32. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991. Þar segi að sækja megi mann fyrir dóm í þinghanni, þar sem hann eigi skráð lögheimili eða hafi annars fasta búsetu ef sá staður er í annarri þinghá en lögheimili hans. Það sé því grundvallarregla að mál verði höfðað fyrir héraðsdómstól þar sem heimilisvarnarþing stefnda sé.

Þegar málið var höfðað 9. október sl. hafði stefnda búið í [---] um nokkurt skeið. Hún hafi flutt frá Íslandi til [---] 6. september sl. um leið og hún hafi skráð lögheimili sitt þar. Það sé því ljóst að stefnda hafi verið búsett í [---] og með skráð lögheimili þar 9. október sl. Þegar stefnan var birt að [---] í Reykjavík. Hún hafi þar af leiðandi ekki verið með varnarþing á Íslandi eins og áskilið sé í 37. gr. barnalaga. Varnarþingsregla barnalaganna sé sérregla sem gangi fyrir almennum reglum. Málið hefði átt að höfða í [---]. Þar sem málið hafi ekki verið höfðað á réttu varnarþingi beri að vísa því frá dómi.

Frávísunarkrafa stefndu sé byggð á því að dómurinn hafi ekki lögsögu í málinu þar sem stefnda hafi ekki átt varnarþing á Íslandi þegar það var höfðað. Því beri að vísa málinu frá dómi. Þar sem dómstóllinn hafi ekki haft lögsögu í málinu 9. október 2012 og ekki síðar hafi ekki verið heimilt að höfða málið á heimilisvarnarþingi stefnanda eins og gert hafi verið. Í 3. tl. 1. mgr. 36. gr. barnalaga sé veitt heimild til að höfða mál á Íslandi á varnarþingi stefnanda í þeim tilvikum þegar stefnandi er íslenskur ríkisborgari og leitt sé í ljós að hann geti ekki vegna ríkisfangs síns höfðað mál í því landi þar sem hann búi eða þar sem stefndi eða börn búi. Þetta eigi ekki við í tilviki stefnanda enda hafi verið sýnt fram á að stefnda búi í [---] og sé stefnanda ekkert að vanbúnaði að reka málið fyrir þarlandum dómstól. Reglan í 3. tl. 1. mgr. 36. gr. barnalaga sé undantekningarregla sem beri að skýra þröngt. Stúlkan búi í [---] og hefði átt að höfða málið þar en til þess að unnt verði að leysa úr ágreiningi málsaðila um forsjá stúlkunnar þurfi að meta aðstæður hennar þar sem hún búi.

Í forvera barnalaga nr. 76/2003 hafi verið heimild til að höfða mál á Íslandi þrátt fyrir skort á varnarþingi stefnda í undantekningartilvikum, eða þegar sérstaklega stóð á, til að leysa úr kröfu um forsjárskipan til bráðabirgða. Með gildistöku barnalaganna nr. 76/2003 hafi ákvæðið hins vegar verið numið úr gildi. Í lögskýringargögnum með 37. gr. laganna segi að heimildin, sem hafi vísað til nokkurs konar neyðarréttarsjónarmiða, sé ekki nauðsynleg enda myndu heimildir barnaverndarlaga taka til slíkra tilvika. Þá hafi verið vísað til alþjóðlegrar samvinnu og nýlegra ákvæða í alþjóðasamningum um forsjá barna. Krafa stefndu sé byggð á því að ekki séu fyrir hendi neinar þær heimildir í íslenskum lögum, né alþjóðlegum samningum sem Ísland sé aðili að, sem heimili málsókn þessa hér á landi né sé að finna þau sjónarmið með tilliti til aðstæðna barnsins sem réttlætt geti að forsjármál verði höfðað hér á landi þrátt fyrir að hvorki stefnda né barnið eigi hér lögheimili og því beri að vísa málinu frá dómi. Þvert á móti sé ljóst að rekstur forsjármáls hér á landi muni augsýnilega fara í bága við hagsmunum barnsins sem hafi nú búið í [---] um nokkurt skeið og aðlagast hinu nýja umhverfi.

Frávísunarkrafa stefndu sé einnig byggð á því að stefnan hafi ekki verið réttilega birt fyrir henni sjálfri, sbr. 83. gr. 91/1991, og því beri að vísa málinu frá dómi. Á tímabilinu frá flutningi stefndu í ágúst og allt fram til 12. október sl. hafi hún oft

ferðast á milli [---] og Íslands enda í mörgu að snúast þegar fjölskylda flytji af landi brott. Þá hafi stefnda verið með starfandi félag hér á landi sem þurft hafi að ganga frá. Stefnda hafi verið búin að afhenda lykla að húsinu í [---] til fasteignasölnunnar V 9. október 2012 en starfsmenn hennar hafi séð um að útvega leigjendur að húsinu.

Stefnda vísi til reglna barnalaga nr. 76/2002 varðandi varnarþing og lögsögu, einkum 36. og 37. gr. Jafnframt sé vísað til V. og XIII. kafla laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 um varnarþing og stefnubirtingu. Krafan um málflutnings þóknun sé byggð á 39. gr. laga nr. 76/2003, sbr. ákvæði í XXI. kafla laga nr. 91/1991. Krafan um virðisaukaskatt á málflutningsþóknun sé reist á lögum nr. 50/1988, þar sem lögmönnum sé gert að innheimta virðisaukaskatt af þjónustu sinni.

III.

Stefnandi vísar til þess að stefnda hafi skráð lögheimili sitt í [---] 6. september sl. Hún hafi þó enn búið á Íslandi þegar stefnan var birt. Samkvæmt birtingarvottorði hafi stefnan verið birt fyrir stefndu sjálfri á heimili hennar að [---]. Með vottorðinu sé sannað að hún hafi búið þar þegar stefnan var birt. Efni birtingarvottorðs teljist rétt þar til það gagnstæða sannist, sbr. 3. mgr. 87. gr. laga um meðferð einkamála. Stefnda hafi því búið á Íslandi þegar stefnan var birt. Barnið hafi sótt leikskóla hér á landi til 3. október s.á. og því hafi stefnda ekki flutt frá Íslandi 6. september sl. Hún hafi ekki flutt fyrr en 12. október sl. en þann dag hafi hún farið með flugi frá Íslandi til [---].

Stefnandi eigi rétt á því samkvæmt 70. gr. stjórnarskrárinnar að fá úr máli sínu skorið af hlutlausum dómstól. Stefnanda hafi ekki mátt vera ljóst að stefnda væri að fara með barnið úr landi. Stefnandi hafi átt umgengnisrétt við barnið og hafi stefndu borið að tilkynna honum um flutning með barnið úr landi samkvæmt 51. gr. barnalaga en það hafi hún ekki gert.

IV.

Í þessum þætti málsins er deilt um það hvort stefnda hafi búið hér á landi þegar málið var höfðað 9. október 2012. Hafi hún búið á Íslandi, eins og haldið er fram af hálfu stefnanda að hún hafi gert, var honum heimilt að höfða málið gegn henni hér á landi samkvæmt a-lið 1. mgr. 36. gr. barnalaga nr. 76/2003. Þar kemur fram að dómsmál vegna ágreinings um forsjá barns sé unnt að höfða hér á landi ef stefndi er búsettur hér á landi.

Reglur um lögsögu íslenskra dómstóla í málum vegna ágreinings um forsjá barna eru í 36. gr. laganna. Verði dómurinn ekki talinn hafa lögsögu í málinu ber að vísa því frá dómi samkvæmt 24. gr. laga um meðferð einkamála, sbr. 1. mgr. 38. gr. barnalaga. Í 1. mgr. 24. gr. laga um meðferð einkamála kemur fram að ef mál er undan lögsögu dómstóla skilið samkvæmt lögum eða á annan hátt, sem þar er upp talið, beri að vísa málinu frá dómi. Samkvæmt 2. mgr. sömu lagagreinar ber að vísa máli frá dómi ef dómari telur að það eigi undir annan dómstól.

Samkvæmt þessu gildir sú regla um dómssmál vegna ágreinings um forsjá barns að skilyrði um lögsögu verður að vera uppfyllt til að slíkt mál verði rekið fyrir íslenskum dómstól. Réttur stefnanda til að fá skorið úr um réttindi sín, sem hér er um að tefla, samkvæmt 70. gr. stjórnarskrárinnar undanþiggur hann ekki frá þeirri skyldu að höfða málið fyrir þeim dómstól sem hefur lögsögu í málinu.

Krafa stefndu um að málinu verði vísað frá dómi er byggð á því að hún hafi verið flutt til [---] þegar málið var höfðað og þar búi hún enn með dóttur sína. Hún heldur því fram að hún hafi flutt til [---] 6. september 2012. Því til staðfestu hefur hún lagt fram svar þjóðskrár í tölvupósti 29. janúar sl. þar sem fram kemur að hún og dóttir hennar hafi átt lögheimili í [---] 9. október 2012. Einnig hefur stefnda lagt fram upplýsingar úr þjóðskrá frá 26. nóvember s.á. Þar er staðfest að stefnda eigi lögheimili í [---]. Hún hafi átt lögheimili frá 1. nóvember 2011 til 6. september 2012 á Íslandi en frá þeim degi í [---] þar sem hún eigi enn lögheimili.

Af hálfu stefnanda er því haldið fram að stefnda hafi búið á Íslandi til 12. október sl. þrátt fyrir að hún hafi skráð lögheimili sitt í [---] fyrir þann tíma. Hann vísar til staðfestingar á flugi stefndu frá Íslandi til [---] framangreindan dag. Stefnda vísar til þess að hún hafi komið til Íslands eftir að hún flutti til [---] 10. september og verið hér til 12. október sl., ekki vegna þess að hún hafi búið hér heldur vegna þess að hún hafi þurft að ganga frá ýmsum málum hér á landi. Fasteignina hafi hún leigt út frá 5. nóvember sl. og hefur hún lagt fram leigusamning þessu til staðfestu sem dagsettur er sama dag.

Stefnandi hefur enn fremur vísað til þess, málsástæðum sínum til stuðnings um búsetu stefndu hér á landi til 12. október sl., að dóttir málsaðila hafi verið í leik skóla til 3. október sl. eins og fram komi í vottorði leikskóla sem hann hefur lagt fram. Af hálfu stefndu er því mótmælt að með vottorðinu sé staðfest að hún hafi búið á Íslandi til 12. október sl. Þá er af hálfu stefnanda vísað til vottorðs stefnu votts um að stefna hafi verið birt fyrir stefndu 9. október 2012 á heimili stefndu að [---]. Því er einnig mótmælt af hálfu stefndu að staðfest sé með vottorðinu að hún hafi búið í húsinu á þeim tíma.

Almennt verður að telja að menn búi þar sem þeir eiga lögheimili nema annað hafi verið leitt í ljós. Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. laga um lögheimili nr. 21/1990 er lög heimili manns sá staður þar sem hann hefur fasta búsetu. Í 2. mgr. lagagreinarinnar er það skilgreint þannig að maður hafi fasta búsetu á þeim stað þar sem hann hefur bækistöð sína, dveljist að jafnaði í tómsundum sínum, hafi heimilismuni sína og svefnstaður hans sé þegar hann er ekki fjarverandi um stundarsakir vegna orlofs, vinnuferða, veikinda eða annarra hliðstæðra atvika.

Í vottorði stefnuvotts segir að stefnan hafi verið birt fyrir stefndu á heimili hennar að [---] en stefnda hafi neitað að opna og hafi stefnan verið skilin eftir. Það sem fram kemur í vottorðinu verður ekki metið sem fullgild sönnun um það að stefnda hafi búið þar þegar stefnan var birt. Þrátt fyrir að stefnda hafi verið hér á landi frá 10. september til 12. október sl. og að í vottorði leikskóla sé greint frá því að dóttir málsaðila hafi hætt í leikskólanum 3. október sl. verður að telja ósannað að stefnda hafi enn verið búsett hér á landi þegar málið var höfðað 9. október 2012 en lögheimili hennar var þá í [---]. Stefnanda hefur því ekki tekist að sýna fram á að uppfyllt sé skilyrði a-liðar 1. mgr. 36. gr. barnalaga um að stefnda hafi verið búsett

hér á landi þegar málið var höfðað. Samkvæmt því verður málið ekki rekið hér fyrir dómnum og ber með vísan til þess og 24. gr. laga um meðferð einkamála, sbr. 1. mgr. 38. gr. barnalaga, að vísa því frá dómi.

Þóknun málsvara stefndu, Katrínar Theodórsdóttur hdl., ber að ákveða samkvæmt 39. gr. barnalaga. Þóknunin greiðist úr ríkissjóði og þykir hún hæfilega ákveðin 420.000 krónur án virðisaukaskatts.

Úrskurðinn kvað upp Sigríður Ingvarsdóttir héraðsdómari.

Ú r s k u ð a r o r ð:

Máli þessu er vísað frá dómi.

Þóknun málsvara stefndu, Katrínar Theodórsdóttur hdl., 420.000 krónur, greiðist úr ríkissjóði.

Sigríður Ingvarsdóttir