



**BA-ritgerð
í lögfræði**

Aðkoma barns að ákvörðun um umgengni

Réttur barns til að tjá sitt viðhorf á umgengni

Ester Petra Gunnarsdóttir

Elísabet Gísladóttir

Apríl 2017



HÁSKÓLI ÍSLANDS
FÉLAGSVÍSINDASVIÐ

LAGAÐEILD

**BA-ritgerð
í lögfræði**

Aðkoma barns að ákvörðun um umgengni

Réttur barns til að tjá sitt viðhorf á umgengni

Ester Petra Gunnarsdóttir

Elísabet Gísladóttir

Apríl 2017

EFNISYFIRLIT

1 Formáli.....	2
2 Inngangur.....	2
3 Umgengni og réttur barns til að tjá sig um hana.....	2
3.1 Almennt	2
3.2 Norrænn barnaréttur.....	3
3.3 Lög um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins nr. 19/2013	5
3.3.1 Almennt um lögfestingu samningsins og grundvallarreglurnar fjórar	5
3.3.2 Nánar um 12. gr.....	5
3.3.3 Meginreglan í 1. mgr. 3. gr. og tengsl hennar við 12. gr.....	8
3.4 Barnalög nr. 76/2003	9
3.4.1 Réttur barns þegar foreldrar semja sjálfir	11
3.4.2 Réttur barns þegar foreldrar fara í sáttameðferð til sýslumanns.....	12
3.4.3 Réttur barns þegar sýslumaður úrskurðar um umgengni.....	13
3.4.4 Réttur barns þegar dómari ákveður umgengni í dómi	13
3.4.5 Samanburður.....	14
3.5 Samspil samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins og barnalaganna	16
4 Er það gott eða slæmt að barn sé þáttakandi í umgengnismáli?	18
5 Lokaorð.....	19
Heimildaskrá	21

1 Formáli

Það sem mér finnst standa upp úr eftir þessi næstum þrjú ár í laganámi við Háskóla Íslands er barnaréttur. Hugsanlega er það vegna þess að ég er móðir en kannski er ástæðan einfaldlega sú að réttarsviðið er svo lifandi vegna þess að örar breytingar í samfélaginu kalla eftir því að lögin taki líka breytingum. Mér finnst ég vera umlukin foreldrum með ung börn og kaldur raunveruleikinn blasir við, með þá staðreynd að ef foreldrarnir eru ekki nú þegar hættir saman, þá séu líkur á því að það muni gerast. Það væri áhugavert að hafa undir höndum tölur um það hversu mörg börn á Íslandi fara reglulega í umgengni til foreldris sem það býr ekki hjá en slíkar tölur er því miður ekki að finna. Ég vil tileinka ritgerðina dóttur minni Elísabetu Unu. Ég er ekki viss um að ég hefði valið mér þetta ritgerðarefni eða haft svona mikinn áhuga á barnarétti ef það væri ekki fyrir hana. Ég vona að með ritgerðinni náist að varpa skýrara ljósi á rétt barna til að hafa áhrif á umgengni og mín heitasta ósk væri að sjá réttindi barna til að segja sína skoðun almennt verða að hversdagslegum vana í þjóðfélaginu okkar.

2 Inngangur

Markmið þessarar ritgerðar er að varpa ljósi á rétt barna við ákvörðun á umgengni við mismunandi aðstæður. Meginþema ritgerðarinnar mun vera réttur barns til að tjá viðhorf sitt á máli þegar verið er að taka ákvörðun um það hvernig umgengni skuli vera. Eitt af því sem er áhugavert við umgengnisrétt, fyrir utan það hvað reynir mikið á hann í samfélaginu, er að hann er ekki þess eðlis að hægt sé að ákveða í eitt skipti fyrir öll hvernig umgengni skuli háttáð, heldur gera lögin ráð fyrir því að umgengni taki breytingum. Það gefur auga leið að það sem hentar barni best hverju sinni getur verið misjafnt eftir aldri, þroska og aðstæðum. Í ritgerðinni verður skoðað hvernig tekist hefur að breyta barnalögum frá 27. mars 2003 nr. 76/2003 (hér eftir einnig skammstöfuð bl.) í samræmi við samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (hér eftir einnig vísað í sem barnasáttmálans eða með skammstöfuninni SRB) sem var lögfestur árið 2013 með lögum nr. 19/2013 og hvort barnalögin uppfylli skilyrði samningsins varðandi rétt barns til að hafa áhrif á ákvarðanatöku um umgengni. Einnig mun verða skoðað hvernig framkvæmd þessara mála er háttáð hér á landi.

3 Umgengni og réttur barns til að tjá sig um hana

3.1 Almennt

Umgengni er hugtak sem notað er yfir það þegar barn dvelur utan lögheimilis síns, með því foreldri sem það býr ekki hjá, óháð því hvort umgengnisforeldri hefur forsjá eða ekki.

Margar mismunandi útfærslur af skipulagðri umgengni geta verið góðar og misjafnt er hvað hentar hverju barni, sem og foreldrum þess. Lagagrundvöll fyrir umgengni er að finna á ýmsum stöðum en umfang umgengni er ekki skilgreint í íslenskum lögum. Umgengnisréttur er verndaður af 71. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1994, sem kveður á um að allir skulu njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu, og einnig af sambærilegu ákvæði 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, lög nr. 62/1994. Í barnasáttmálanum er umgengnisréttur verndaður í 3. mgr. 8. gr. SRB. Barn á rétt til að láta viðhorf sitt í ljós og til að tekið sé mark á því í samræmi við aldur þess og þroska, sbr. 12. gr. SRB. Þessi réttur barna er einnig lögfestur í nokkrum mismunandi ákvæðum í barnalögum og verður farið nánar í það seinna í ritgerðinni. Nánar verður fjallað um barnasáttmálann í kafla 3.3 og í kjölfarið á þeirri umfjöllun verða barnalögin skoðuð í kafla 3.4.

Allt frá fæðingu á barn rétt til að þekkja báða foreldra sína og móður er t.a.m. skylt að feðra barn sitt, sbr. 1. gr. a bl. og 7. gr. SRB. Þegar barn er í þeirri stöðu að búa ekki með báðum foreldrum sínum blasir við að eitthvað þarf að leggja af mörkum svo barnið fái að þekkja báða foreldra sína. Samkvæmt 1. mgr. 46. gr. bl. á barn rétt á að umgangast með reglubundnum hætti það foreldra sinna sem það býr ekki hjá, svo framarlega sem það sé ekki andstætt hagsmunum barnsins. Við slit skráðrar sambúðar eða hjúskapar er það meginregla að forsjá helst áfram sameiginleg nema annað sé ákveðið, sbr. 1. mgr. 31. gr. bl. Hins vegar er engin meginregla um það hvernig umgengni skuli háttáð og í flestum tilvikum vilja foreldrarnir sjálfir semja sín á milli um þá leið sem þeim þykir best fallin til þess að þjóna hagsmunum barns síns á sem skilvirkastan hátt. Ef foreldrar ná ekki að komast að samkomulagi um hvernig umgengni skuli háttáð geta þeir óskað eftir því að sýslumaður úrskurði um umgengnina og þá þurfa foreldrarnir að sækja sáttameðferð, sbr. 1. mgr. 33. gr. a bl. Sáttameðferðin leiðir síðan annað hvort til samkomulags foreldranna eða þess að sýslumaður úrskurðar um umgengnina og sá úrskurður er kæránlegur til ráðherra. Fyrir dómstólum er hægt að gera kröfu um að dómari ákveði hvernig umgengni skuli háttáð í máli er varðar lögheimili eða forsjá. Einnig getur verið um umgengni barns við aðra en foreldra þess að ræða, ef annað þeirra eða bæði eru látin eða þau að öðru leyti ekki fær um að sinna umgengni, sbr. 46. gr. a bl., en ekki verður farið nánar út í það í þessari ritgerð.

3.2 Norrænn barnaréttur

Mikil hefð er fyrir nánu samstarfi Norðurlandanna á sviði sifjaréttar. Barnarétturinn er undirgrein hans og verulegur samhljómur er á því réttarsviði. Markmið réttarsviðsins er að tryggja rétt barns til að þekkja báða foreldra sína og njóta tengsla við þá óháð stöðu. Í öllum

norrænu ríkjunum er það meginregla að foreldrar séu með sameiginlega forsjá séu þeir giftir og að forsjáin haldist sameiginleg ef þeir skilja. Á Íslandi gildir þetta líka um skráða sambúð, sbr. 1. mgr. 29. gr. og 1. mgr. 31. gr. bl.¹ Heimild er fyrir dómstóla til að dæma jafna umgengni, þ.e. sjö daga af hverjum 14 á öllum Norðurlöndunum.

Í Danmörku hafa dómstólar heimild til að dæma mál um búsetu og þar getur barn bara átt eitt lögheimili. Dómstólarnir geta hins vegar aðeins dæmt umgengni jafnhliða máli um forsjá eða lögheimili en stjórnvöld geta einnig úrskurðað um umgengni. Að þessu leyti virðast almennt sömu reglur gilda í Danmörku eins og hérlendis.² Í Svíþjóð geta foreldrar samið um jafna búsetu (växelvís boende) og dómstólar geta einnig dæmt hana. Sænskir dómstólar geta einnig dæmt umgengni án þess að forsjár- eða lögheimilismál sé höfðað. Í Svíþjóð hefur venja skapast um ákveðna lágmarksungengni.³ Í Noregi geta foreldrar samið um sameiginlega búsetu (delt bosted) sem þýðir að foreldrar taka sameiginlegar ákvarðanir um málefni barnsins en þetta þýðir ekki að barn eigi tvö lögheimili. Ýmsar forsendur verða að vera fyrir hendi til þess að sameiginleg búseta þjóni hagsmunum barns og rík áhersla er lögð á að foreldrar geti unnið saman, með leikskóla, skóla o.s.frv. og séu reiðubúnir að breyta fyrirkomulaginu í samræmi við aðstæður. Barnið þarf ennfremur sjálft að óska eftir þessari lausn og því þarf að líða vel með fyrirkomulagið ásamt því að foreldrar þurfa að búa nálægt hvort öðru. Barnalögin í Noregi skera sig frá lögum hinna norrænu ríkjanna með því að skýra hugtakið *venjuleg umgengni* og er hún kveðin vera önnur hver helgi auk eins eftirmiðdags í viku og síðan fjórtán dagar í sumarleyfi og um jól og páska. Í frumvarpi að breytingum á nógildandi barnalögum í Noregi er undirstrikað að foreldrar eigi ekki að fá þau skilaboð að jöfn umgengni sé meginregla og ekki megi heldur ganga út frá því að meiri umgengni sé alltaf barni fyrir bestu.⁴ Þetta sjónarmið er í samræmi við 3. gr. SRB um að það sem barni er fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar ákvarðanir sem varða börn eru teknar. Í frumvarpinu kemur einnig fram að jöfn umgengni þjóni ekki hagsmunum allra barna og taka verði tillit til aldurs og þroska barns. Að jafnaði sé hagsmunum ungra barna best borgið með fastri búsetu hjá öðru foreldri og reglubundnum samskiptum við hitt foreldrið sem vara ekki í langan tíma í senn. Rúm eða jöfn umgengni sé ekki endilega talin þjóna hagsmunum eldri barna heldur, þar sem þau sé oft upptekin í skóla, tómstundum og af tengslum við félagana sína.⁵

¹ Alþt. 2011 – 2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

² Alþt. 2011 – 2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

³ Alþt. 2011 – 2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

⁴ Alþt. 2011 – 2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

⁵ Alþt. 2011 – 2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

3.3 Lög um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins nr. 19/2013

3.3.1 Almenn um lögfestingu samningsins og grundvallarreglurnar fjórar

Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, eða barnasáttmálinn eins og hann er oft kallaður, var fullgerður þann 20. nóvember árið 1989, en þá hafði hann verið í bígerð í tíu ár. Ísland skrifaði undir barnasáttmálann strax í byrjun árs 1990 og fullgilti hann í lok október árið 1992. Fullgilding hans fól í sér að Ísland skuldbatt sig að þjóðarétti til að virða og uppfylla ákvæði barnasáttmálans en þar sem að á Íslandi er byggt á tvíeðliskenningu þjóðaréttar þurfti að lögfesta hann til þess að veita honum lagagildi hér á landi. Samningurinn hefur nú þegar þessi ritgerð er skrifuð verið undirritaður af öllum ríkjum heims og einnig fullgiltur í þeim öllum, að Bandaríkjunum undanskildum.⁶ Barnasáttmálinn öðlaðist lagagildi hér á landi 20. febrúar 2013 með lögum nr. 19/2013 og hann er því núna hluti af íslenskri löggjöf og hefur stöðu almennra laga. Barnasáttmálinn telur fimmtíu og fjórar greinar (e. articles). Fjórar af þessum greinum hafa verið taldar grundvallarreglur hans. Þær eru 2. gr., sem leggur bann við hvers konar mismunun, 3. gr., sem gerir það að skilyrði að allar ákvarðanir og ráðstafanir yfirvalda er varða börn séu byggðar á því sem er barninu fyrir bestu, 6. gr., sem kveður á um rétt barna til lífs og til að fá að lifa og þroskast og loks 12. gr. samningsins sem tryggir barni rétt til að tjá sig í öllum málum er það varða og rétt barns til að hafa áhrif.⁷ „Meginreglurnar eru ekki einungis leiðarljós um túlkun allra ákvæði SRB heldur ber að hafa þær að leiðarljósi í öllum málum er varða börn, hvort heldur er á sviði dómsmála, löggjafar eða stjórnslu.“⁸ Almenn álit Barnaréttarnefndarinnar í Genf (e. Committee on the Rights of the Child) hafa mikla þýðingu við túlkun barnasáttmálans. Nefndin hefur eftirlit með framkvæmd hans og hefur gefið út álit um framsækna túlkun einstakra ákvæða undanfarin ár.⁹ Nánar verður nú fjallað um þá túlkun á 12. gr. og síðan 3. gr. SRB sem Barnaréttarnefndin gefur til kynna í álitum sínum að beitt skuli.

3.3.2 Nánar um 12. gr.

Íslensk þýðing barnasáttmálans er fylgiskjal með lögum nr. 19/2013. Í íslensku þýðingunni hljóðar 12. gr. svona:

⁶ Upplýsingar fengnar af vefsíðu Barnasáttmálans á Íslandi <http://www.barnasattmali.is> og vefsíðu sendiherra Sameinuðu þjóðanna um mannréttindi <http://indicators.ohchr.org>.

⁷ Vefsíða Barnasáttmálans á Íslandi, <http://www.barnasattmali.is> og til hliðsjónar General comment no. 12, bls. 8.

⁸ Hrefna Friðriksdóttir og Hafdís Gísladóttir: „Skipan talsmanns fyrir börn – grundvöllur ákvörðunar og framkvæmd“. Bls. 317, <http://www.irpa.is>.

⁹ Hrefna Friðriksdóttir og Hafdís Gísladóttir: „Skipan talsmanns fyrir börn – grundvöllur ákvörðunar og framkvæmd“. Bls. 317, <http://www.irpa.is>.

1. Aðildarríki skulu tryggja barni sem myndað getur eigin skoðanir rétt til að láta þær frjálst í ljós í öllum málum sem það varða, og skal tekið réttmætt tillit til skoðana þess í samræmi við aldur þess og þroska.
2. Vegna þessa skal barni einkum veitt tækifæri til að tjá sig við hverja þá málsmeðferð fyrir dómi eða stjórnvaldi sem barnið varðar, annaðhvort beint eða fyrir milligöngu talsmanns eða viðeigandi stofnunar, á þann hátt sem samræmist reglum í lögum um málsmeðferð.

Með 12. gr. er verndaður réttur barns sem getur myndað sínar eigin skoðanir til að láta þær frjálst í ljós í öllum málum er það varða. Einnig skal tekið réttmætt tillit til skoðana barns í samræmi við aldur þess og þroska. Í 1. mgr. 12. gr. er ekki ætlunin að takmarka réttinn sem ákvæðið felur í sér þannig hann sé aðeins fyrir þau börn sem geta myndað sér skoðun, heldur er miklu fremur stefnt að því með þessu orðalagi að undirstrika skyldu ríkjanna til að tryggja börnum þennan rétt. Barnaréttarnefndin hefur ennfremur reynt að beina ríkjum frá því að setja aldurstakmark á rétt barns til að tjá sig og segir að rétturinn í 12. gr. SRB hafi ekkert aldurstakmark heldur sé hann skilyrðislaus.¹⁰ Til þess að skoðun barns fái verðskuldað vægi miðað við aldur og þroska er nauðsynlegt að hún sé metin í hverju máli fyrir sig en ekki bara ef barn hefur náð ákveðnum aldri. Rannsóknir sína að þroski barna er misjafn eftir einstaklingum, en ekki bara eftir aldri.¹¹ Þetta bendir til þess að ef sjö ára barn fengi ekki tækifæri til að tjá sig, þá væri það í raun brot á barnasáttmálanum. Barnaréttarnefndin hvetur ríkin til að líta á ung börn sem einstaklinga með réttindi. Samkvæmt henni eru börn undir átta ára aldri *ung börn* og á 12. gr. SRB bæði við um ung börn sem og eldri. Börn eiga rétt til að tjá vilja sinn bæði í daglegu lífi sínu innan fjölskyldunnar og líka í samfélaginu, þar með talið í málum er varða barnið t.d. hjá stjórnvöldum eða dómstólum.¹² Nefndin gengur svo langt að segja að nákvæm útfærsla á 12. gr. geri kröfu um að viðurkenna þurfi tjáningu án orða eins og t.d. leik, líkamstjáningu, svipbrigði og teikningar sem lítil börn nota til að tjá skilning sinn, val sitt og dálæti. Ætla má að slík tjáning hafi fyrst og fremst þýðingu sem tjáning barns innan fjölskyldunnar.¹³

Sérstaklega þarf að tryggja rétt barna sem eiga erfitt með að koma skoðunum sínum á framfæri eins og t.d. barna sem glíma við andlegar hindranir eða fötlun. Mikilvægt er að gera sér grein fyrir þeim afleiðingum sem ónærgætin beiting þessa ákvæðis getur haft í för með sér, sérstaklega í málum er varða mjög ung börn eða þegar barn hefur orðið fórnarlamb

¹⁰ General comment no. 12, bls. 9.

¹¹ General comment no. 12, bls. 11.

¹² General comment no. 7, bls. 2 og 7

¹³ General comment no. 12, bls. 9.

glæpsamlegs athæfis, kynferðisofbeldis, líkamlegs ofbeldis eða einhvers konar annarrar illrar meðferðar.¹⁴

Rétturinn sem 12. gr. SRB felur barni, tryggir líka rétt barns til að tjá vilja sinn ekki. Mikilvægt er að undirstrika að það ætti ávallt að vera val barnsins hvort það nýti sér réttinn til að tjá sig, en það ætti aldrei að neyða barn til að tjá sig í máli.¹⁵ Út frá þessu má álykta að þau ákvæði barnalaga sem fela í sér rétt barns til að tjá sitt viðhorf í máli feli einnig í sér rétt barnsins til þess að fá að sleppa því að tjá sig. Það stendur hins vegar ekki berum orðum í 12. gr. SRB að hún feli í sér rétt til að tjá sig ekki heldur kemur það fram í almenna álitinu sem, eins og áður hefur komið fram, hefur þó ekki lagagildi. Það verður hins vegar að líta til þess að eðli málsins samkvæmt hlýtur meginreglan virka í báðar áttir. Þannig að ef barni er tryggður réttur til að tjá sig um mál hljóti að felast í þeim rétti að barnið eigi þess kost að hafna því að tjá sig, alveg eins og neikvætt félagafrelsi felst í félagafrelsi.

Barn sem tjáir sig á grundvelli 12. gr. er að nýta rétt sinn til að tjá eigin vilja, en ekki vilja einhvers annars. Yfirvöld verða að tryggja að barn fái allar nauðsynlegar upplýsingar og ráðleggingar, þ. á m. um rétt sinn til þess að tjá sig ekki, til þess að geta tekið ákvörðun sem þjónar best hagsmunum þess.¹⁶ Barnaréttarnefndin segir í áliti sínu að til verndar hagsmunum barna skuli ekki taka viðtal við barn oft en nauðsynlegt sé, sérstaklega í erfiðum málum og þegar verið er að ræða við börn um vilja þeirra skuli reynt að skapa andrúmsloft sem barninu líður vel í og þar sem það finnur að það getur treyst viðmælanda sínum. Samtalsaðferð er talin betri heldur en að leggja einhvers konar próf eða spurningalista fyrir barn.¹⁷ Síðast en ekki síst þá er ekki nóg að hlusta á barn, heldur verður að taka afstöðu barnsins til sérstakrar skoðunar og ljá henni vægi í samræmi við aldur þess og þroska.¹⁸

Í 2. mgr. 12. gr. er sérstaklega tekið fram að réttur barns verði virkur í sérhverri málsmeðferð er varðar barnið, fyrir dómi eða stjórnvaldi. Tryggt þarf að vera með lagasetningu að barn fái tækifæri til að tjá viðhorf sitt um mál ef það vill, og einnig skal tryggja að skoðun þess verði virt af þeim aðila sem skiptir máli, t.d. dómara í dómsmáli eða sáttamanni hjá sýslumanni, o.s.frv. Barn verður óhjákvæmilega fyrir afleiðingum ákvarðana um forsjá, lögheimili, meðlag og umgengni. Þess vegna verður að tryggja að öll lagasetning um sambúðarslit og skilnaði foreldra hafi að geyma ákvæði sem veiti barni rétt til að tjá sína skoðun um mál frammi fyrir þeim aðila sem kemur til með að taka ákvörðun í máli eða leita

¹⁴ General comment no. 12, bls. 9-10.

¹⁵ General comment no. 12, bls. 8.

¹⁶ General comment no. 12, bls. 8 og 10.

¹⁷ General comment no. 12, bls. 10 og 13.

¹⁸ General comment no. 12, bls. 11.

sátta í því.¹⁹ Ekki verður hjá því komist að koma aðeins inn á meginreglu 3. gr. SRB um það sem er barni fyrir bestu þar sem hún er gríðarlega mikilvæg fyrir túlkun á 12. gr. SRB.

3.3.3 Meginreglan í 1. mgr. 3. gr. og tengsl hennar við 12. gr.

Í 1. mgr. 3. gr. SRB er að finna aðra grundvallarreglu barnasáttmálans. Hún er jafnframt meginregla í íslenskum barnarétti og er lögfest í 2. mgr. 1. gr. bl. Reglan felur einfaldlega í sér að það sem er barninu fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar teknar eru ákvarðanir um málefni barns.²⁰ Íslensk þýðing 1. mgr. 3. gr. SRB í fylgiskjali með lögum nr. 19/2013 hljóðar svona:

Það sem barni er fyrir bestu skal ávallt hafa forgang þegar félagsmálastofnanir á vegum hins opinbera eða einkaaðila, dómstólar, stjórnvöld eða löggjafarstofnanir gera ráðstafanir sem varða börn.

Barnaréttarnefndin í Genf telur að mat á hagsmunum barns og því sem barni teljist vera fyrir bestu verði að fela í sér virðingu fyrir rétti barns til að tjá sín viðhorf frjállega og að viðhorfum barnsins sé ljáð vægi í öllum málum sem varða barnið. Þetta kemur skýrt fram í almennum álitum Barnaréttarnefndarinnar sem undirstrika einnig hin órjúfanlegu tengsl milli 1. mgr. 3. gr. SRB og 12. gr. SRB. Þessar tvær reglur mynda eina heild: Sú fyrri setur fram markmið um að komast alltaf að niðurstöðu í máli sem þjónar best hagsmunum barns, en sú seinni setur fram aðferðarfræði til að veita barni vettvang til að segja sína skoðun og tryggja aðkomu barns til þátttöku í öllum málum er það varða, þar með talið við mat á því hvað sé því fyrir bestu. Beiting reglunnar í 1. mgr. 3. gr. SRB felst í því að skoða almennt hvað telst vera barni fyrir bestu ásamt því að skoða sérstaklega út frá hverju einstöku barni í hverju máli fyrir sig hvað sé því fyrir bestu.²¹ Rétt beiting 1. mgr. 3. gr. SRB verður ekki tryggð nema skilyrðum 12. gr. SRB sé einnig framfylgt. Á sama hátt eflir 1. mgr. 3. gr. virkni 12. gr. með því að knýja á um mikilvægi þátttöku barna í öllum ákvarðanatökum er þau varða.²² Það er því ljóst að 3. og 12. gr. SRB eiga að vinna saman í þágu barns, en vegast ekki á og engin togstreita á að vera á milli þeirra. Samspil þeirra er í raun svo mikilvægt að það er ekki verið að fara eftir 3. gr. SRB ef 12. gr. er ekki einnig virt. Þetta bendir til þess að sé 12. gr. SRB brotin þá sé 3. gr. barnasáttmálans það einnig.

¹⁹ General comment no. 12, bls. 15.

²⁰ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 12.

²¹ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 12.

²² General comment no. 14, bls. 11 og General comment no. 12, bls. 18.

3.4 Barnalög nr. 76/2003

Umgengnisréttur í skilningi barnalaga nr. 76/2003 felur í sér rétt barns og foreldris til umgengni hvort við annað ásamt skyldu beggja foreldra til að tryggja þann rétt, sbr. 1. og 2. mgr. 46. gr. bl. Í 1. mgr. er kveðið á um það að umgengnisréttur sé réttur barns til að njóta umgengni við það foreldri sem það býr ekki hjá. Í 2. mgr. kemur fram að það foreldri sem barn býr ekki hjá njóti í senn réttar og beri skyldu til að sinna umgengni við barn sitt. Á sama tíma er því foreldri sem barn býr hjá skylt að stuðla að umgengni barns síns við hitt foreldrið. Af þessu má álykta að umgengnisréttur sé fyrst og fremst réttur barns, sem báðum foreldrum er skylt að virða og í öðru lagi réttur umgengnisforeldrisins. Undantekning frá þessari skýru og mikilvægu meginreglu um umgengnisrétt er þegar dómari eða lögmælt stjórnvald hefur metið sem svo að umgengni sé andstæð hag og þörfum barns í viðkomandi tilviki þá sé rétt að víkja frá henni. Undantekninguna er að finna í 5. mgr. 32. gr., 1., 2. og 4. mgr. 46. gr. og 2. mgr. 47. gr. bl. Hana skal skýra þröngt og hún er helst ætluð sem varnagli í tilvikum þar sem ofbeldi hefur átt sér stað, heimilisaðstæður eru óviðunandi eða ef andleg vanheilsa foreldris stendur í vegi fyrir því að umgengni þjóni hagsmunum barns.²³ Réttur barns til að tjá vilja sinn þegar verið er að ákveða hvernig umgengni skuli háttáð hefur verið lögfestur á nokkrum stöðum í barnalögum. Til einföldunar hefur höfundur sett hér inn ákvæðin sem fjallað verður um í þessum kafla:

3. mgr. 1. gr. bl. Barn á rétt á að láta skoðanir sínar í ljós í öllum málum sem það varða og skal tekið réttmætt tillit til skoðana þess í samræmi við aldur og þroska.

6. mgr. 28. gr. bl. Foreldrum ber að hafa samráð við barn sitt áður en málefnum þess er ráðið til lykta eftir því sem aldur og þroski barnsins gefur tilefni til. Skal afstaða barns fá aukið vægi eftir því sem barnið eldist og þroskast.

3. málsl. 3. mgr. 33. gr. a bl. Veita skal barni, sem náð hefur nægilegum þroska, kost á að tjá sig við sáttameðferð nema telja megi að slíkt geti haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit málsins.

1. málsl. 1. mgr. 43. gr. bl. Veita skal barni, sem náð hefur nægilegum þroska, kost á að tjá sig um mál nema telja megi að slíkt geti haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit málsins.

Hina almennu reglu um rétt barna til að segja sína skoðun um mál er að finna í 3. mgr. 1. gr. bl. Þetta ákvæði var nýmæli sem lögfest var með breytingarlögum nr. 61/2012.²⁴ Á Íslandi er engin heildstæð löggjöf hvað varðar réttindi barna en með ákvæðinu var ætlunin að

²³ Davíð Þór Björgvinsson, Barnaréttur, bls. 228-229.

²⁴ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 26.

lögfesta 12. gr. SRB með almennum hætti.²⁵ Í 6. mgr. 28. gr. bl. er síðan að finna sömu reglu nema þar er hún komin í annan búning og skyldar foreldra til að veita barni sínu þennan rétt þegar þeir taka ákvarðanir er varða það, m.a. þegar foreldrar ákveða hvernig umgengni skuli háttað. Orðalag ákvæðisins virðist takmarka þann rétt sem það felur í sér þannig að foreldrum beri í fyrsta lagi bara að hafa samráð við barn sitt eftir því sem aldur og þroski barnsins gefur tilefni til og í öðru lagi skuli afstaða barnsins fá aukið vægi eftir því sem barnið eldist og þroskast. Foreldrum er veitt svigrúm til að meta hvort barnið hafi aldur og þroska til að tjá sig um málið og orðalag ákvæðisins virðist miða við það að skoðun hjá ungu og óþroskuðu barn eigi alltaf að fá lítið vægi, en skoðun hjá stálpuðu og þroskuðu barni alltaf mikið vægi. Hugsanlega væri orðalag eins og „Foreldrar skulu veita barni rétt á að láta skoðanir sínar í ljós í öllum málum *er varða mikilvæg málefni barnsins* og skal tekið réttmætt tillit til skoðana þess í samræmi við aldur og þroska“ betur til þess fallið að fanga þann rétt sem barninu er ætlaður og á sama tíma yrði augljósara hvernig löggjafinn ætlaðist nákvæmlega til að foreldrar skyldu ljá vilja barns síns vægi samkvæmt ákvæðinu. Hægt væri að telja upp málefni í ákvæðinu sem flokkuðust með *mikilvæg* án þess að um væri að ræða tæmandi talningu. Þetta ákvæði verður skoðað nánar í samræmi við SRB aftar í ritgerðinni.

Í 33. gr. a bl. er fjallað um sáttameðferð hjá sýslumanni. Sáttameðferð getur m.a. snúist um umgengni. Barn á rétt á að fá að láta í ljós skoðun sína ef foreldrar þess eru í sáttameðferð vegna máls er varðar barnið sbr. 3. másl. 3. mgr. 33. gr. a bl. Ákvæðið segir að barn sem *náð hefur ákveðnum þroska* skuli veittur kostur á að tjá sig í sáttameðferð hjá sýslumanni, nema það sé talið *skaðlegt fyrir barnið* eða *þýðingarlaust fyrir málið*. Þarna er um að ræða þrenns konar takmarkanir á rétti barns til að tjá sig við sáttameðferð. Í fyrsta lagi þarf barnið að hafa náð ákveðnum þroska, í öðru lagi er meginreglan um það sem barninu er fyrir bestu sett sem takmörkun á meginreglunni um rétt barns til að láta vilja sinn í ljós og að lokum er rétturinn takmarkaður við tilfelli þar sem skoðun barns getur skipt máli fyrir niðurstöðu máls. Við beitingu allra þessara takmarkana þarf að gæta fyllstu varkárni þar sem meginreglan um rétt barns til að láta vilja sinn í ljós er skýr grundvallarregla sem jafnan ber að túlka rúmt og allar undantekningar frá henni ber því að túlka þröngt. Hér mætti e.t.v. velja því fyrir sér hvort það myndist ekki togstreita á milli þessarar tveggja meginreglna en vikið verður að því seinna í ritgerðinni þar sem þetta ákvæði verður einnig skoðað í samræmi við SRB.

Að lokum er barni veittur kostur á að tjá sig í dómsmáli með 1. mgr. 43. gr. bl. en það ákvæði á einnig við þegar sýslumaður úrskurðar um umgengni. Ákvæðið er að hluta til eins

²⁵ Alpt. 2011 – 2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

orðað og fyrrnefnt ákvæði í 3. máls. 3. mgr. 33. gr. a bl. sem veitir barni kost á að tjá sig við sáttameðferð. Ekki er hægt að höfða dómsmál eingöngu vegna ágreinings um umgengni en hægt er að gera kröfu um að umgengni verði ákveðin í dómsmáli sem varðar forsjá eða lögheimili. Í 2. mgr. 34. gr. bl. er vilji barns talinn upp sem eitt af meginþingarmíðum sem dómari lítur til í máli og hlýtur það þar með að eiga við um umgengni, sé hún ákveðin með dómi. Gera má ráð fyrir því að það sé alltaf æskilegast að foreldrar geti sjálfir ákveðið umfang umgengni, en reyndin er sú að það er ekki alltaf hægt og núna verður nánar fjallað um þær fjórar mismunandi leiðir sem barnalög nr. 76/2003 gera ráð fyrir að hægt sé að fara til að komast að niðurstöðu um það hvernig umgengni skuli háttáð.

3.4.1 Réttur barns þegar foreldrar semja sjálfir

Ákvörðun um umgengni er fyrst og fremst í höndum foreldra og eiga þeir fullan rétt á að semja sín á milli um það hvernig reglulegri umgengni skuli háttáð, með hagsmuni barnsins að leiðarljósi, sbr. 4. mgr. 46. gr. bl. Ef foreldrar óska eftir staðfestingu sýslumanns á umgengnissamningi þá getur sýslumaður synjað staðfestingu hans telji hann samninginn andstæðan hag og þörfum barns. Þegar foreldrar semja sjálfir um umgengni þá virkjast regla 6. mgr. 28. gr. bl. Hún er í samræmi við 3. mgr. 1. gr. bl. og 1. mgr. 12. gr. SRB.²⁶ Regluna var einnig að finna í eldri barnalögum nr. 20/1992. Reglan í 6. mgr. 28. gr. bl. felur í sér að foreldrum ber að ræða við barn sitt þegar tekin er ákvörðun um umgengni og seinni málsliður ákvæðisins felur í sér að afstaða barnsins skuli fá vægi sem eykst eftir því sem barnið eldist og þroskast. Engin viðurlög eru við því að foreldrar virði ekki þennan rétt barnsins og barnið getur ekki krafist úrskurðar um umgengni hjá sýslumanni heldur aðeins foreldrar þess eða eftir atvikum aðrir sem gætu átt rétt á umgengni sbr. 47. gr. bl. Foreldrum ber að sjálfsögðu að gæta þess að sú umgengni sem þeir ákveða sé æskileg og skaðlaus fyrir barnið og þurfa foreldrarnir að hafa meginregluna um það sem barni er fyrir bestu í fyrirrúmi, sbr. 1. mgr. 3. gr. SRB og 2. mgr. 1. gr. bl. Ábyrgð foreldra er því mikil og þeim er gefið mikið svigrúm til að ákveða hvað er best fyrir barnið sitt. Með 6. mgr. 28. gr. er verið að tala um mál sem er ekki inni á borði yfirvalda en í samhengi við skyldu foreldra til að kanna viðhorf barns þá er áhugavert að líta á eftirfarandi dóm Hæstaréttar. Í *Hrd. 15. nóvember 2007 (114/2007)* er fjallað um umgengni og forsjá. Í málinu virðist sem svo að það sem móðir segir vera vilja barns sé metið sem vilji barnsins án þess að talað hafi verið sérstaklega við barnið sjálft, sem var rúmlega fjögurra ára. Móðir barnsins tekur fram í forsendum sínum að barnið vilji búa hjá sér og að faðir barnsins hafi ekki tekið tillit til vilja barnsins til að dvelja meira hjá móður

²⁶ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 82.

sinni en fyrri samningur gerði ráð fyrir. Móðirin krefst forsjár barnsins og að umgengni við föður verði fjórir dagar af hverjum fjórtán, en aðilar höfðu verið með viku og viku áður. Faðirinn krefst einnig forsjár og að barnið dvelji viku og viku hjá hvoru foreldri. Í dóminum er tekið fram að óskir barnsins hafi ekki úrslitaáhrif á niðurstöðu málsins vegna ungs aldurs. Niðurstaðan varð engu að síður sú að móður var dæmd forsjá og föður dæmd umgengni í fimm daga af hverjum fjórtán. Áhugavert við niðurstöðuna í þessu máli er að í dóminum er tekið sérstaklega fram að vilji barnsins, eða það sem móðir segir vilja barnsins vera, hafi ekki úrslitaáhrif í málinu en niðurstaða málsins er samt í samræmi við vilja barnsins. Í matsgerð dómkvadds matsmanns er tekið fram að móðirin sé ef til vill næmari fyrir þörfum drengsins og hann upplifi sig þannig. Hugsanlega hefur það áhrif á mat dómsins í sambandi við það sem móðirin kveður vera vilja barnsins. Hér virðist því mati foreldris á vilja barns ljáð mjög mikið vægi og e.t.v. er það vænlegur kostur fyrir svona ungt barn. Dómaframkvæmd bendir því ekki til þess að viðhorf ungra og óproskaðra barna fái alltaf lítið vægi og viðhorf eldri og þroskaðari barna alltaf mikið vægi. Í ritinu *Barnaréttur* frá 1995 eftir Davíð Þór kemur fram að vilji barns skipti verulegu máli, sérstaklega þegar um stálpuð börn er að ræða. Þar segir að gera verði ráð fyrir að umgengni hjá unglingum ráðist mest af vilja þeirra sjálfra og umgengnisforeldrisins.²⁷

3.4.2 Réttur barns þegar foreldrar fara í sáttameðferð til sýslumanns

Ef foreldrum tekst ekki að semja sín á milli um það hvernig umgengni skuli háttað er næsta skref í átt að umgengnissamningi, að leita til sýslumanns. Foreldrum er skylt að byrja á að leita sátta hjá sýslumanni skv. 1. mgr. 33. gr. a bl. en þetta var nýmæli sem tók gildi 1. janúar 2013 með breytingum á barnalögum.²⁸ Í sömu lagagrein er einnig að finna reglu um rétt barns til að tjá sig við sáttameðferð hjá sýslumanni, n.t.t. í 3. másl. 3. mgr. Þar að auki skal gera grein fyrir sjónarmiðum barns í vottorði sem sýslumaður gefur út að sáttameðferð lokinni, nema það sé andstætt hagsmunum barns skv. 1. másl. 6. mgr. 33. gr. a bl. Í sáttameðferð hjá sýslumanni ætti því barnið að fá að koma og tjá sig ef það vill og sáttamaðurinn ætti ávallt að hafa hagsmuni barnsins í huga við sáttaumleitun. Innanríkisráðherra hefur sett nánari reglur um ráðgjöf og sáttameðferð á grundvelli heimildar í 9. mgr. 33. gr. a bl.²⁹ Ákvæði um stöðu barns við sáttameðferð má finna í 13. gr. reglnanna og þar kemur fram að sáttamaður taki

²⁷ Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, bls. 230.

²⁸ Alþt. 2011 – 2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

²⁹ Reglurnar bera heitið Reglur um ráðgjöf og sáttameðferð samkvæmt 33. og 33. gr. a barnalaga nr. 76/2003, með síðari breytingum skv. lögum nr. 61/2012 og 144/2012 og er að finna á heimasíðu innanríkisráðuneytisins, <https://www.innanrikisraduneyti.is/media/frettir-2013/Reglur-um-sattamedferd.pdf>.

ákvörðun að höfðu samráði við foreldra, um hvort og hvenær skuli gefa barni kost á að tjá sig við sáttameðferð. Af þessu leiðir að það er ákvörðun sáttamanns, en ekki foreldra, hvort rætt verði við barnið. Ef sáttamaður ákveður að ræða við barn getur hann ákveðið að gera það í einrúmi, með foreldrum eða með öðrum. Sáttamaðurinn á að leggja sig fram við að gera barninu grein fyrir rétti sínum og þeim ágreiningi sem er uppi en einnig skal hann svara spurningum barnsins. Sáttamaðurinn skal einnig haga fundinum við barnið þannig að það eigi sem auðveldast með að tjá sjónarmið sín og honum ber að virða rétt barnsins til að tjá sig ekki um málið ef svo ber undir. Að lokum metur sáttamaður, að höfðu samráði við barnið, hvernig sjónarmið barnsins eða aðrar upplýsingar frá barninu skuli kynnt fyrir foreldrum þess. Markmið sáttameðferðarinnar er að foreldrar semji um umgengnina sbr. 3. mgr. 33. gr. a bl.

3.4.3 Réttur barns þegar sýslumaður úrskurðar um umgengni

Ef foreldrar komast ekki að samkomulagi í sáttameðferð, þá ber sýslumanni að taka ákvörðun um umgengni með úrskurði, sbr. 1. mgr. 47. gr. bl., ef foreldrar óska eftir því. Í 8. mgr. segir að um meðferð slíkra mála gildi reglur XI. kafla laganna en þar er að finna 71. gr. sem inniheldur málsmeðferðarreglur og í 4. mgr. hennar kemur fram að um rétt barns til að tjá sig fari samkvæmt 43. gr. bl., sem á einnig við um rétt barns til að tjá sig um mál fyrir dómi. Þetta gefur til kynna að strangt til tekið eigi barnið rétt á að koma aftur og tjá sig um málið hjá sýslumanni, í þetta skiptið, vegna yfirvofandi úrskurðar sýslumanns um umgengni og að sömu reglur gildi um rétt barns í þessu tilviki eins og þegar barn fær að tjá viðhorf sitt til umgengni í dómsmáli. Í 1. mgr. 47. gr. er vilji barns talinn með sem eitt þeirra meginsjónarmiða sem líta beri til við ákvörðun á umgengni.³⁰

3.4.4 Réttur barns þegar dómari ákveður umgengni í dómi

Ekki er hægt að höfða dómsmál vegna ágreinings um umgengni, en ef dómsmál er höfðað um forsjá eða lögheimili þá ber dómara að dæma um umgengni í sama málinu, ef annað foreldanna eða bæði, krefjast þess, sbr. 5. mgr. 34. gr. bl., sjá þó *Hrd. 17. desember 2009* (264/2009) þar sem upphaflega var krafist dóms um forsjá en þar sem stefndi féll síðan frá kröfu sinni um forsjá en hélt fast í kröfu um umgengnisrétt snerist málið í raun eingöngu um umgengnisrétt.

Í 1. mgr. 43. gr. bl. segir að veita skuli barni, sem náð hefur nægilegum þroska, kost á að tjá sig um mál nema telja megi að slíkt geti haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit málsins. Þetta ákvæði er í þeim kafla barnalaganna sem fjallar um dómsmál vegna

³⁰ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 161.

ágreinings um forsjá eða lögheimili barns. Þar sem heimild er til að dómari kveði á um inntak umgengni verður að draga þá áyktun að regla 1. mgr. 43. gr. bl. feli ekki bara í sér rétt barnsins til að hafa áhrif á ákvörðun um forsjá og lögheimili heldur einnig um umgengni, sérstaklega í ljósi þess að umgengni hlýtur að veða jafn þungt og lögheimili eða forsjá gera í augum barnsins. Í framkvæmd getur dómari sjálfur leitað eftir vilja barns eða ákveðið að fela sérfróðum manni að kanna vilja þess, ef slíkur maður hefur verið dómkvaddur, ella getur dómari falið sérfræðingi að kynna sér viðhorf barns og gefa skýrslu um það, sbr. 1. mgr. 43. gr. bl. Í 2. mgr. sömu greinar er heimild til að ákveða að foreldrum sé óheimilt að vera viðstaddir á meðan viðhorf barns er kannað en hins vegar er skylt að kynna þeim hvað kemur út úr því, sbr. 3. mgr. sömu greinar. Hér má líta á annan dóm, *Hrd. 1. nóvember 2001 (31/2001)*, sem snerist um forsjá en er engu að síður áhugaverður við þetta tilefni vegna þess að þar virðist Hæstiréttur ekki hafa ljáð tjáðum vilja fimmtán ára stúlku nánast neitt vægi við ákvörðun á forsjá og þar með hjá hvoru foreldrinu hún skyldi búa og verja mestum tíma sínum með. Dóttirin kvaðst vilja búa hjá móðurinni en í dóminum segir „X er nýlega orðin 15 ára. Ætti því vilji hennar um það hjá hvoru foreldri hún dveljist að skipta verulegu um úrslit málsins. Af málsgögnum verður ekki ráðinn skýr vilji hennar til að vera hjá móður, auk þess sem sá vilji virðist, sé hann fyrir hendi, stjórnast af því að þar geti hún farið fram sem mestu.“ Í málinu kom fram að móðirin var bæði alkóhólisti og þunglynd auk þess að sambýlismanni hennar og dótturinni samdi ekki vel. Litið var svo á að faðirinn hefði betri tók á útivistartíma og aga heldur en móðirin. Þótti einsýnt að það væri stúlkunni fyrir bestu að föðurnum yrði dæmd forsjá, svo það var gert.

3.4.5 Samanburður

Réttur barns til að tjá sig um umgengni verður virkur í a.m.k. fjórum tilvikum. Í fyrsta lagi þegar foreldrar gera samning sín á milli um það hvernig umgengni skuli háttáð. Í öðru lagi ef foreldrar sækja sáttameðferð hjá sýslumanni vegna ágreinings um umgengni, þá á sýslumaður að leitast eftir því hvort barnið hefur afstöðu í málinu, og ef svo er, þá hver sú afstaða er. Ef sættir með foreldrum takast ekki í sáttameðferð þá getur sýslumaður úrskurðað um umgengni. Sýslumaður á þá strangt til tekið aftur að leita eftir vilja barnsins og er það þá þriðja tilvikið sem réttur barnsins til að tjá sig um umgengnina virkjast. Í fjórða lagi virkjast rétturinn ef málið fer fyrir dómstóla í máli um forsjá eða lögheimili og annað eða báðir foreldrar hafa óskað eftir að umgengni verði einnig ákveðin. Þá á dómari að kanna hvort barnið vilji tjá sig um málið og í kjölfarið ljá skoðun þess vægi í samræmi við aldur og þroska. Við skoðun á þessum mismunandi leiðum til að komast að ákvörðun um það hvernig umgengni skuli

háttað, má sjá að réttur barnsins til að hafa áhrif ætti alltaf að vera sá sami, án tillits til þess hver eða hverjir það eru sem taka lokaákvörðunina. Það er því ljóst, að réttur barnsins samkvæmt 12. gr. SRB verður virkur í hvert sinn sem reynt er að semja eða taka ákvörðun um umgengni, óháð því hvort foreldrar semja sjálfir eða mál fer inn á borð yfirvalda. Réttur barnsins er alltaf sá sami.

Fyrir utan þessi fjögur megin tilvik þá má líka minna á almennu regluna í 3. mgr. 1. gr. bl. um að barn eigi rétt á að láta í ljós skoðun sína í öllum málum er það varða og veitir hún tilefni til þess að álykta að þó svo að einhver samningur um umgengni sé virkur sem foreldrar eru e.t.v. ánægðir með þá eigi barn samt rétt á að tjá sín sjónarmið. Að því gefnu á barn hvenær sem er rétt á að láta í ljós sínar skoðanir á því hvernig umgengni skuli háttað og foreldrar þess eiga að taka réttmætt tillit til þeirra skoðana barnsins, í samræmi við aldur þess og þroska.

Sú röð aðgerða sem löggin gera ráð fyrir við ákvörðun á umgengni, þ.e. að í upphafi sé ákvörðunin í höndum foreldranna sjálfra og svo smátt og smátt færast ákvörðunarvaldið yfir á sýslumann og dómstóla virðist vera í samræmi við meginregluna um það sem er barninu fyrir bestu. Það gefur auga leið að það er minnst rask fyrir líf barnsins að ræða um umgengni við foreldra sína. Þá má eðli málsins samkvæmt búast við því að það raski lífi barnsins meira að þurfa að ræða við ókunnugt fólk, ef það vill tjá sín sjónarmið um umgengni.³¹ Gera má ráð fyrir að raskið aukist síðan meira og meira eftir því sem málið velkist lengur um hjá stjórnvöldum og dómstólum og eftir því sem barnið getur þurft að ræða við fleiri aðila, ef það vill koma sínum sjónarmiðum á framfæri. Foreldrar barns eru þeir aðilar sem bera meginábyrgð á því að réttindi barnsins séu virt þótt ríkið beri einnig ábyrgð. Hér birtist því enn og aftur sú mikla ábyrgð sem foreldrar hafa og hversu mikilvægt það er fyrir barn, að foreldrar þess geti tekið sameiginlegar ákvarðanir og er það tvímælalaust barninu fyrir bestu að þeir tveir hagsmunaaðilar sem bera jafnan hag barnsins fyrir brjósti geti komist að sem bestri niðurstöðu í þágu barnsins.

Næst má velta fram þeirri spurningu hvernig þessum rétti barns til að segja viðhorf sitt sé best borgið. Foreldrar barns virðast yfirleitt vera í bestu stöðunni til þess að tryggja rétt barns síns til að segja sína skoðun og tjá vilja sinn um umgengni. Þetta er í samræmi við þá afstöðu hér að framan að það sé minnst rask fyrir barnið að tjá sig um þetta við foreldra sína. Flestir eru sammála varðandi það að farsælast sé fyrir barnið að foreldrar þess nái að semja og færa má rök fyrir því að það sé ein af hinum almennu foreldraskyldum að undirgangast

³¹ Hér má til hliðsjónar skoða ummæli Dr. Gunnars Hrafns Birgissonar, sálfræðings, í neðanmálgrein á bls. 80 í meistararitgerðinni „Umgengnisréttur“ eftir Helga Áss Grétarssonar, dósentis við Lagadeild HÍ.

sáttameðferð í kjölfar þess að foreldrar nái ekki að semja.³² Kemur þessi afstaða fram í kjölfar umfjöllunar um það hvort það sé rökrétt að hafa lagaskyldu til þess að fara í sáttameðferð áður en hægt er að höfða dómsmál en hér má álykta að undirliggjandi sé sama eða svipuð skoðun á því að stigvaxandi alvarleiki úrræða barnalaga við ákvörðun á umgengni þjóni bæði barni og foreldrum. Eins og komið var inn á fyrr þá er það því miður svo að sum börn eiga foreldra sem eru ekki færir um að berjast sameiginlega fyrir hagsmunum barnsins. Það er því óumflýjanlegt að hafa úrræði fyrir slík mál svo þau geti farið í ferli hjá stjórnvöldum og dómstólum. Í því samhengi er áhugavert að minnast aftur á 43. gr. bl. og skoða þann möguleika sem ákvæðið býður upp á, þ.e. að dómari geti látið kanna viðhorf barns án þess að foreldrar séu viðstaddir. Hér má ætla að úrræðið í 2. mgr. 43. gr. bl. geti verið lykilatriði í því að kanna viðhorf barns í málum þar sem foreldrar þess eru ósammála og treysta ekki hvort öðru til þess að setja hagsmuni barns síns framur sínum eigin.

3.5 Samspil sannings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins og barnalaganna

Hér áður var komið inn á lagagildi barnasáttmálans á Íslandi en mikilvægt er að skoða nánar hver raunveruleg staða hans er. Hann er lögfestur á eftir barnalögunum og má því velja fyrir sér hvort hann hafi lex posterior stöðu gagnvart þeim. Svo er þó líklegast ekki því að á móti kemur að barnasáttmálinn er lögfestur alþjóðlegur mannréttindasamningur og barnalögin eru sérlög. Sérlög gilda almennt framur almennum lögum samkvæmt lex specialis reglunni og lög nr. 19/2013 um barnasáttmálann hafa stöðu almennra laga. Það sem er þó sérstakt við alþjóðlega mannréttindasamninga er að ríkjunum sem eru aðilar að samningnum ber að túlka landslög sín í samræmi við þá. Má því gera ráð fyrir því að barnasáttmálinn hafi í ákveðnu samhengi yfirburðastöðu gagnvart barnalögunum en á sama tíma er ákvæðum barnalaganna fremur beitt í framkvæmd því ákvæði barnalaganna eru sértækari. Þau ber síðan að túlka í samræmi við barnasáttmálann þannig að erfitt er að greina á milli hvor lögin eru æðri. Þau myndu í raun hvorug veita börnum þá réttarvernd sem þeim ber ef þau stæðu ein og sér en hlið við hlið standa lögin sterk saman og veita börnum rétt og vernd, bæði með almennum ákvæðum og sértækum. Almennum álitum Barnaréttarnefndarinnar í Genf mætti e.t.v. líkja við lögskýringargögn hérlendis en þau koma þó út eftir að barnasáttmálinn var gerður en ekki í aðdraganda hans eins og lögskýringargögn gera. Almennu álitin eru þá kannski í áttina að dómafordæmum Hæstaréttar vegna þess að stefna að því að hafa þýðingu við túlkun lagaákvæða og koma fram eftir að lög öðlast gildi.

³² Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 115.

Regla 1. mgr. 12. gr. SRB um að barn eigi rétt á að láta skoðanir sínar í ljós í öllum málum er það varða og að tekið skuli réttmætt tillit til skoðana barns í samræmi við aldur þess og þroska er lögfest með samhljóða ákvæði í 3. mgr. 1. gr. bl. Hvergi í barnalögum kemur regla barnasáttmálans jafn skýrt fram og í 3. mgr. 1. gr. bl. enda var markmiðið með lögfestingu þessa nýmælis sem kom inn í barnalögin með breytingu árið 2012 að lögfesta með almennum hætti réttindin sem eru fólgin í 12. gr. SRB.³³

Í eldri barnalögum nr. 20/1992 var tólf ára aldursmark á rétti barns til að tjá sig í forsjármáli. Þessu var breytt með setningu nýrra barnalaga árið 2003 og var aldursviðmiðið afnumið með það að markmiði að auka rétt barna. Eldra ákvæðið veitti börnum nánast óskoraðan rétt til að tjá sig í dómsmáli frá tólf ára aldri svo framarlega sem það væri ekki skaðlegt fyrir barnið eða þýðingarlaust fyrir málið, en einnig mátti veita yngri börnum þennan rétt.³⁴ Af þessari lagabreytingu má draga þá ályktun að samræma hafi átt íslenskan rétt við 12. gr. SRB, sem hefur engin aldurstakmörk.³⁵ Því virðist sem svo að börn sem geta tjáð viðhorf sitt eigi að fá að gera það án annarra takmarkana en þeirra sem getið er í ákvæðinu.

Við samanburð á þeim fjórum ákvæðum sem fjallað var um í kafla 3.4 má sjá að fyrri tvö ákvæðin, 3. mgr. 1. gr. og 6. mgr. 28. gr. bl. hafa ekki að geyma sambærilegar takmarkanir og seinni tvö ákvæðin, 3. másl. 3. mgr. 33. gr. a og 1. mgr. 43. gr. bl. er varða rétt barns þegar mál er komið í ferli hjá sýslumannsembætti eða dómstól. Í seinni ákvæðunum er að finna tvenns konar takmarkanir á rétti barnsins til að tjá viðhorf sitt. Samkvæmt núgildandi lögum virðist annars vegar mega takmarka réttinn í þeim tilfellum þar sem það gæti haft skaðleg áhrif á barn að tjá sig um mál og hins vegar þegar það væri tilgangslaust fyrir málið. Við fyrstu sýn virðist fyrri takmörkunin vera göfug og eiga að koma í veg fyrir að barnið verði fyrir skaðlegri reynslu af því að tjá sig um mál. Hins vegar væri það réttari beiting á 3. gr. SRB að gera þá kröfu til ríkisins að tryggt yrði að þátttaka barnsins yrði því ekki skaðleg í stað þess að koma í veg fyrir að barn fái notið réttar síns samkvæmt 12. gr. SRB, enda vinna þessar tvær meginreglur saman eins og áður var komið inn á. Hvað varðar síðari takmörkunina, þegar það yrði talið tilgangslaust fyrir mál að leyfa barni að tjá sitt viðhorf, virðist vafasamt hvernig henni yrði beitt í framkvæmd og hvort að það myndi ekki líka stríða gegn meginreglunum tveimur. Dæmi um beitingu seinni takmörkunarinnar í framkvæmd er annars vegar þegar niðurstaða er augljós og viðhorf barns myndi engu breyta þar um og hins

³³ Alþt. 2011 – 2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

³⁴ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 162.

³⁵ Alþt. 2002 – 2003, A-deild, þskj. 181 – 180. mál.

vegar þegar nýlegar upplýsingar, úr fyrra máli, liggja fyrir um afstöðu barnsins.³⁶ Hér ber að benda á það að 12. gr. SRB hefur ekki að geyma sambærilegar undantekningarheimildir til að víkja frá meginreglunni eins og íslensku barnalögin gera. Þar er hvorki að finna leiðbeiningar um það að víkja megi frá meginreglunni ef viðhorf barns liggur fyrir í nýlegu máli, né ef það væri skaðlegt fyrir barnið að segja viðhorf sitt. Í 2. mgr. 12. gr. SRB kemur fram að rétturinn sem barni er veittur í 1. mgr. 12. gr. verði virkur í sérhverri málsmeðferð fyrir stjórnvaldi eða dómstól. Telja verður að stjórnvöldum beri að virða eftir fremsta megni meginreglu 12. gr. SRB og veita barni tækifæri til að tjá sig, sem barnið sjálft getur síðan alltaf hafnað, í stað þess að svipta barnið rétti sínum fyrirfram. Þrátt fyrir að viðhorf barns liggi fyrir í nýlegu máli, þá telur höfundur samt mikilvægt að kanna viðhorf barns, sem gæti þá sjálft sagt til um það hvort viðhorf sitt hefði breyst eða ekki og samþykkt að notuð yrði fyrri afstaða þess ef svo bæri undir. Einnig verður að líta svo á að í stað þess að takmarka rétt barns til að láta viðhorf sitt í ljós í máli ef það yrði talið skaðlegt fyrir barn væri réttara að tryggja ávallt að barn fái notið réttar til að tjá viðhorf sitt um mál við viðunandi aðstæður sem væru barninu ekki skaðlegar. Þannig myndu 12. og 3. gr. SRB ná markmiði sínu ef barn fengi alltaf tækifæri til að tjá sig við aðstæður sem væru því ekki skaðlegar, fengi ávallt að ákveða sjálft hvort það vildi tjá viðhorf sitt eða ekki og fengi að upplýsa sjálft um það hvort viðhorf sitt hefði breyst frá síðustu málsmeðferð eða ekki o.s.frv.

Annað sem vert er að veita athygli er réttur barns til að tjá skoðun sína á annan hátt en með berum orðum, eins og Barnaréttarnefndin talar um í almennu áliti sínu um 12. gr. SRB. Hvergi í barnalögunum er fjallað um það hvers konar tjáningar barns eigi að líta til en virðist eingöngu miðað við að viðhorf sem barn tjáir með berum orðum sé það viðhorf sem ljá skuli vægi í samræmi við aldur barns og þroska. Barnalögin og dómar Hæstaréttar gefa ekki til kynna að tekið sé mark á öðru en því sem barn tjáir sem skoðun sína með berum orðum.

4 Er það gott eða slæmt að barn sé þáttakandi í umgengismáli?

Eins mikilvægur og réttur barns til að fá að taka þátt í jafn stórrí ákvörðun varðandi líf sitt og ákvörðun um umgengni við foreldri sitt er þá geta ýmis vandkvæði verið þar á. Til að mynda má sjá af dómaframkvæmd að Hæstiréttur lítur til þess hvort eitthvað óeðlilegt kunni að hafa haft áhrif á viðhorf barns. Í *Hrd. 2003, bls. 804 (446/2002)* kemur fram að matsmanni hafi verið falið að meta ýmis atriði er þetta varða. Honum var m.a. falið að meta hvort sonur aðilanna sem deildu í málinu hefði orðið fyrir miklum kerfisbundnum þrýstingi af hálfu

³⁶ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 162.

foreldra sinna, hvort viljayfirlýsingar drengsins gætu hafa mótast af vorkunn eða samúð gagnvart öðru foreldra sinna frekar en samkvæmt eigin vilja og hvort annað foreldranna hefði gert drenginn að virkum þátttakanda í forsjárdeilunni. Niðurstaða matsmannsins varðandi fyrsta atriðið var að drengurinn hefði orðið fyrir þrýstingi frá báðum foreldrum en heldur meira af hálfu föður, varðandi annað atriðið að ekkert hefði bent til þess að það hefði beinst meira að föður en móður og varðandi þriðja atriðið að það hafi ekki verið vafa undirorpið að drengurinn hefði verið orðinn virkur þátttakandi í forsjárdeilunni og að trúnaðartogstreita við báða foreldra hafi komið til af þeim sökum. Hæstiréttur segir síðan „Ljóst er að deilan hefur sett mark sitt á drenginn á þann hátt að hann vill ekki gera upp á milli foreldra sinna þar sem slíkt yrði túlkað sem innlegg í deilu þeirra. Á þennan hátt hafa aðilar gert drenginn að þátttakanda í deilunni, þvert á skyldur þeirra sem foreldra.“ Af þessum dómi má ráða að framkoma foreldra gagnvart barni sínu getur haft skaðleg áhrif á barnið og þar að auki valdið því að láti barnið viðhorf sitt í ljós, verði ekki hægt að ljá því það vægi sem því ber, vegna þess að ekki verði hægt að útloka að viðhorf barnsins hafi mótast af framkomu foreldranna gagnvart því. Þannig má ætla að slík hegðun foreldra hafi bæði skaðleg áhrif á líðan barnsins og dragi einnig úr trúverðugleika barnsins. Markmiðið með því að tryggja barni rétt til að láta viðhorf sín í ljós „er ekki að auka ábyrgð barns á deilu foreldra“.³⁷

Það er fleira sem getur komið til sögu hvað þetta varðar og valdið því að ekki verði tekið mark á því viðhorfi sem barn kann að láta í ljós. *Hrd. 1. nóvember 2001 (31/2001)* sem er áður reifaður má sjá að meginreglunni um það sem barninu er fyrir bestu er beitt andstætt því viðhorfi sem stálpað og þroskað barn sýndi. Ekki verður séð að réttur stúlkunnar til að láta í ljós viðhorf sín í málinu hafi haft skaðleg áhrif á hana, þótt það sé ekki vitað, en engu að síður var viðhorfi hennar ekki ljáð vægi. Það gæti þó hafa haft jákvæð áhrif á hana að hafa fengið að taka þátt í málinu. Áhugavert er að líta til tilvitnunar í riti Davíðs Þórs í kafla 3.4.1 til að undirstrika það hversu óvenjulegt það er að dæma umgengni í andstöðu við tjáð viðhorf fimmtán ára unglings.³⁸

5 Lokaorð

Réttur barns til að tjá sitt viðhorf um umgengni á alltaf við. Reglurnar í 6. mgr. 28. gr., 3. másl. 3. mgr. 33. gr. a bl. og 1. másl. 1. mgr. 43. gr. bl. tryggja það að rétturinn virkjust þegar foreldrar ákveða umgengni, annað hvort sjálfir eða í sáttameðferð hjá sýslumanni, einnig þegar sýslumaður úrskurðar um umgengni og þegar umgengni er ákveðin af

³⁷ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 132.

³⁸ Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, bls. 230.

dómstólum. Með 3. mgr. 1. gr. bl. er barni tryggður réttur til að tjá sína skoðun í öllum málum og af því leiðir að barn á alltaf að geta látið sitt viðhorf til umgengni í ljós við foreldra sína, sem ættu að ljá viðhorfi barnsins vægi í samræmi við aldur og þroska. Foreldrum er veitt svigrúm til að meta aldur og þroska barnsins en gera verður ráð fyrir því að viðhorfi barns eldra en tólf ára yrði alltaf að ljá eitthvað vægi. Allt bendir til þess að ef vilji barns og reglan um það sem er barni fyrir bestu vinna saman ættu ákvarðanir að vera teknar í samræmi við þessar gríðarlega mikilvægu meginreglur. Meginreglurnar í 12. og 3. gr. SRB vinna saman og ef önnur reglan er brotin bendir það til þess að hin sé það líka. Það er tvímælalaust gott að barni sé veittur kostur á að vera þáttakandi í umgengnismáli að því gefnu að barni sé ávallt gerð full grein fyrir því að það hvíli engin skylda á því að tjá sig um mál og að tryggt sé að þátttaka þess verði því ekki skaðleg. Það á alltaf að vera réttur barns að fá að tjá sig um mál en það má aldrei vera skylda að barnið geri það. Varðandi þá spurningu hvort barnalögin uppfylli þær kröfur sem 12. gr. SRB gerir í sambandi við ákvörðun á umgengni, þá hafa ákvæði barnalaganna að geyma tvennskonar takmarkanir sem 12. gr. SRB hefur ekki að geyma. Takmarkanir í 3. másl. 3. mgr. 33. gr. a og 1. másl. 1. mgr. 43. gr. bl. sem byggjast á því að það gæti verið skaðlegt fyrir barnið að nýta rétt sinn til að segja sitt viðhorf á máli og verða þannig þáttakandi í umgengnismáli eru ekki í samræmi við meginregluna um það sem er barni fyrir bestu að mati höfundar. Eins og fram hefur komið þá á engin togstreita að vera á milli þessara tveggja meginreglna heldur vinna þær saman, n.t.t. er reglunni í 1. mgr. 3. gr. SRB ekki réttilega beitt ef skilyrðum 12. gr. SRB er ekki einnig framfylgt. Þess vegna ætti að tryggja það að barn geti tjáð viðhorf sitt á máli án þess að það sé skaðlegt fyrir það í stað þess að svipta barn rétti sínum til að tjá sig um mál vegna þess að það væri skaðlegt fyrir barnið. Ríkið ætti alltaf að geta tryggt barni aðstæður sem myndu ekki valda því skaða. Hins vegar var einnig um að ræða takmarkanir er byggja á því að það sé tilgangslaust fyrir mál að barn fái að láta viðhorf sitt í ljós. Sú takmörkun virðist ekki vera í samræmi við barnasáttmálann vegna þess að aðstæður gætu verið þannig að það væri gott fyrir barnið að fá að taka þátt í málinu og segja sína skoðun og það sem meira er þá þykir ekki réttlætjanlegt að takmarka rétt barnsins í 12. gr. SRB vegna þess að afstaða barnsins liggja nú þegar fyrir í fyrra máli vegna þess að sama hversu stutt er síðan, þá getur viðhorf barnsins alltaf hafa breyst og eðlilegast þykir því að barnið sjálft fái að meta hvort líta beri til afstöðu þess úr fyrra máli, eða hvort það vilji tjá sitt viðhorf á nýjan leik. Niðurstaðan er því sú að mati höfundar að barnalögin uppfylli ekki nægilega vel skilyrði 12. gr. sammings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins og þarfnist úrbóta hvað varðar 3. másl. 3. mgr. 33. gr. a bl. og 1. másl. 1. mgr. 43. gr. bl.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*. Reykjavík, 1995.

Barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna (e. Committee on the rights of the child): „General comment no. 7. Implementing child rights in early childhood.“, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11, 20. september 2006 (skoðað 5. febrúar 2017).

Barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna (e. Committee on the rights of the child): „General comment no. 12. The right of the child to be heard.“, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11, 1. júlí 2009 (skoðað 1. febrúar 2017).

Barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna (e. Committee on the rights of the child): „General comment no. 14. The right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration.“, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11, 29. maí 2013 (skoðað 15. mars 2017).

Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*. Reykjavík 2013.

Hrefna Friðriksdóttir og Hafdís Gísladóttir: „Skipan talsmanns fyrir börn – grundvöllur ákvörðunar og framkvæmd“, <http://www.irpa.is>, 17. desember 2015 (skoðað 22. mars 2017).

Vefsíða Barnasáttmálans á Íslandi, <http://www.barnasattmali.is>.

Vefsíða sendiherra Sameinuðu þjóðanna, <http://indicators.ohchr.org>.

Vefsíða innanríkisráðuneytisins, <https://www.innanrikisraduneyti.is/media/frettir-2013/Reglur-um-sattamedferd.pdf>.