
Katrín Pétursdóttir

**Réttur barns til tjáningar vilja sínum samkvæmt 1. mgr. 43. gr.
barnalaga nr. 76/2003?**

- Ritgerð til BS gráðu í viðskiptalögfræði -

Félagsvísinda- og lagadeild



Leiðbeinandi: Þorbjörg Inga Jónsdóttir hrl.

Haustönn 2017



HÁSKÓLINN Á BIFRÖST
BIFRÖST UNIVERSITY

Katrín Pétursdóttir

**Réttur barns til tjáningar vilja sínum samkvæmt 1. mgr. 43. gr.
barnalaga nr. 76/2003**

- Ritgerð til BS gráðu í viðskiptalögfræði -

Félagsvísinda- og lagadeild



HÁSKÓLINN Á BIFRÖST
BIFRÖST UNIVERSITY

Leiðbeinandi: Þorbjörg Inga Jónsdóttir hrl.

Haustönn 2017

Stimpill skólans: _____

Einkunn: _____

Háskólinn á Bifröst, 4. desember 2017

Ágrip

Ritgerð þessari er ætlað að fræða höfund, sem og lesendur, um réttindi barna er varðar umgengnisrétt og forsjá. Lykilþráður ritgerðarinnar er að kafa djúpt í rétt barna er varðar hagsmuna þeirra og gera grein fyrir hvenær vilji barnsins er tekinn til greina í úrskurðum um forsjá- og umgengnisrétt. Höfundur hefur sjálfur bæði lesið og heyrt fólk tala í kringum sig um svokallaðan “rétt” foreldra gagnvart barni sínu, í stað rétt barnsins gagnvart foreldrum sínum, líkt og um eign sé að ræða en ekki manneskju sem hefur sjálfstæð réttindi og sinn vilja. Lesendur munu upplýsast um lagabálka sem tryggir rétt barna og kafa dýpra í þá.

Hugtökin barn, forsjá, foreldri umgengni, þroski og tjáningarréttur eru þau aðal atriði sem m.a. munu blasa við í ritgerðinni.

Fjöldi úrskurða verður reifaðir og skoðað hvort réttindi barna sé tekin til greina í dómaframkvæmd og hversu miklu leyti þau hafa áhrif á úrslit máls.

Niðurstaða ritgerðarinnar í stuttu máli er að vilji barna frá 0-5 ára hafa ekki áhrif á úrslit máls sökum ekki nægilegs þroska en vilji barna 10 ára og eldri hafa mikil áhrif á úrslit máls og kannaður er vilji flestra barna. Réttur barna til þess að tjá vilja sinn er í langflestum tilvikum virtur og reynt er að kanna sjónarmið barna þótt þau séu verulega ung. Ef barn fékk ekki kost á að tjá sig var það einungis vegna ungs aldurs.

Formáli

Ritgerð þessi markar lokaáfangi höfundar í námi við félagsvísinda- og lagadeild Háskólans á Bifröst. Þessi ritgerð er til BS gráðu í viðskiptalögfræði og er 10 ECTS einingar. Ritgerðin var unnin á Akranesi og er á sviði Barnaréttur, sem er flokkur af sífjaréttir skv. fræðikerfi lögfræðinnar og heitir:

Réttur barns til tjáningar vilja sínum samkvæmt 1. mgr. 43. gr. barnalaga nr. 76/2003?

Val á viðfangsefni ritgerðarinnar má rekja til áhuga sem kveiknaði er höfundur var í starfsnámi á Lögmannsstofunni Lagaþing sf., að Túngötu 14, 101 Reykjavík, sem hófst 3. apríl 2017. Höfundur vonar að viðfangsefni fræði lesanda og vekji áhuga hans. Lögð var áhersla á vönduð vinnubrögð og hnitmiðað efni.

Katrín Pétursdóttir, kt. 171294-2589

Akranes, 4. desember 2017

Þakkir

Höfundur vill þakka Þorbjörgu Ingu Jónsdóttur hrl., leiðbeinanda sínum kærlega fyrir góðar og nytsamlegar leiðbeiningar. Þá vill höfundur einnig þakka Krístrúnu Kristinsdóttur og Arndísi Kristinsdóttur fyrir lestur á próförkum.



Yfirlýsing höfundar

Ég undirrituð hef unnið ritgerð þessa ein. Verkefni þetta er að öllu leyti mitt verk og skilmerkilega er vísað til heimilda þar sem vitnað er til verka annarra. Í því efni hefur undirrituð fylgt reglum skólans eftir bestu getu.

Katrín Pétursdóttir, kt. 171294-2589

Akranes, 4. desember 2017

Efnisyfirlit

Ágrip.....	II
Formáli	III
Þakkir	IV
Yfirlýsing höfundar	V
Efnisyfirlit	VI
1. Inngangur	1
2. Aðferðafræði	2
3. Hugtök og þróun þeirra	3
3.1. Barn	3
3.2. Forsjá	3
3.2.1. Hvað felst í því að fara með forsjá barns?.....	3
3.2.2. Lögheimili	3
3.2.3. Forsjá stjúfforeldra	4
3.2.4. Á hverjum hvílir skylda til að framfæra barn?.....	4
3.2.5. Meðlag.....	4
3.2.5.1. Einfalt meðlag.....	5
3.2.5.2. Auka meðlag.....	5
3.2.5.3. Samspil umgengni og framfærslu.....	5
3.3. Sameiginleg forsjá	6
3.4. Umgengni	6
3.4.1. Hver getur óskað eftir umgengni?.....	6
3.4.2. Hve mikil skal umgengni vera?.....	7
3.4.3. Tengsl barns við umgengnisforeldri?.....	7
3.5. Réttur barns til þess að tjá sig m.t.t. aldurs og vilja barns	7
3.6. Sjálfsákvörðunarréttur barns.....	8
4. Barnalög á Íslandi.....	9

4.1.	Barnalög nr. 9/1981	9
4.2.	Barnalög nr. 20/1992	9
4.3.	Barnalög nr. 76/2003	10
5.	Alþjóðlegir samningar	12
5.1.	Barnasáttmálinn	12
5.1.1.	Inntak Barnasáttmálans	13
5.1.2.	Grundvallarreglur Barnasáttmálans.....	13
5.1.3.	Ákvæði 12. gr. Barnasáttmálans	13
5.1.4.	Skuldbindingargildi Barnasáttmálans fyrir Ísland.....	14
6.	Sjónarmið barna í forsjár- og umgengnisdeilum foreldra sinna.....	15
6.1.	Vilji barns	15
6.2.	Ákvæði 43. gr. barnalaga nr. 76/2003.	15
6.2.1.	Nægilegur þroski	16
6.2.2.	Tjáning barns hefur skaðleg áhrif á það	16
6.2.3.	Tjáning barns þýðingarlaus fyrir úrslit máls	17
6.2.4.	Aðstæður þar sem barn vill ekki umgengni	18
6.2.5.	Aðstæður þar sem barn vill umgengni en foreldrið ekki.....	18
6.2.6.	Sérfróður maður	19
6.2.7.	Talsmaður barns	20
6.3.	Ágreiningur um umgengni.....	21
6.3.1.	Tálmun	21
6.3.2.	Úrræði tálmunar	21
6.3.2.1.	Dagsektir.....	21
6.3.2.2.	Fjárnám.....	22
6.3.2.3.	Aðför.....	22
6.4.	Sérfræðiráðgjöf og sáttameðferð	22
7.	Úrskurðir	24

8.	Hvar er Ísland stutt miðað við nágretta ríki okkar	32
8.1.	Noregur	32
8.2.	Svíþjóð	32
8.3.	Danmörk	33
9.	Grundvallarreglur stjórnarskrár og barnasáttmálans	34
9.1.	Jafnræðisregla	34
10.	Lokaorð	36
11.	Heimildaskrá (prentaðar og rafrænar heimildir)	37
12.	Dómaskrá	39
13.	Lagaskrá	41
14.	Hugtaka- og efnisorðalisti	42

1. Inngangur

Grundvallarsjónarmið í barnarétti er að barn á rétt á að eiga samskipti við báða foreldra sína eins og kostur er. Réttur þessi hefur lagastöð í 71. gr. Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944,¹ 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu² og í 3. mgr. 9. gr. samnings Sameinuðu Þjóðanna um réttindi barnsins nr. 19/2013^{3,4} Lögfest er einnig sú regla að barn á rétt á að umgangast það foreldri sem það býr ekki hjá⁵ með reglubundnum hætti, þ.e. að eiga samveru með því og önnur samskipti, sbr. 1. mgr. 46. gr. barnalaga nr. 76/2003.⁶ Þá er lögfest í 2. mgr. ákvæðisins að umgengnisforeldri á í senn rétt og ber skylda til að rækja umgengni við barn sitt og að foreldri sem barn býr hjá⁷ er skylt að stuðla að því að barn njóti umgengni við umgengnisforeldri sitt með tilliti til meginreglu barnalaga, þ.e. með þeirri undantekningu að hún sé andstæð hag og þörfum barns.

Meginregla núgildandi barnalaga er lögfest í 2. mgr. 1. gr. brl. og kveður á um að það sem er barni fyrir bestu skal ávallt hafa forgang. Þá er í ákvæði 3. mgr. 1. gr. brl. kveðið á um að barn á rétt á því að varpa skoðunum sínum á framfæri í málefnum sem varða það og tekið skal réttmætt tillit til skoðana barnsins í samræmi við aldur og þroska.

Leitast verður eftir að svara spurningunni hvort vilji barns hefur áhrif á úrslit máls og þá við hvaða tilvik og á hvaða forsendum. Til þess að barn uppljóstri um vilja sinn þarf það að tjá sig og mun höfundur leitast eftir að svara spurningunni hvort barni sé gefin kostur á að tjá sig um málefni þess.

Í upphafi verður fjallað um hugtök barnaréttar og þróun þeirra. Næst verður vikið að lagabálkum þeim sem kveða á um rétt barnsins, upphaf þeirra og hvernig umfang barnaréttar er í dag, ásamt alþjóðlegum skuldbindingum Íslands. Þá verður fjallað um sjónarmið barna, vilja þeirra og skoðanir og áhrif þess á úrslit máls. Að lokum verður rýnt í dómaframkvæmd dómstóla á Íslandi og samanburð barnaréttar við nágrannalönd okkar, sem og grundvallarreglur stjórnarskrár og barnasáttmálans.

¹ Hér eftir „stjskr.“.

² Hér eftir „MSE“.

³ Hér eftir „Barnasáttmálinn“.

⁴ Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 934.

⁵ Hér eftir „umgengnisforeldri“.

⁶ Hér eftir „brl.“.

⁷ Hér eftir „lögheimilisforeldri“.

2. Aðferðafræði

Höfundur mun leggja áherslu á vönduð vinnubrögð við heimildaöflun með það að leiðarljósi að gera ritgerðina eins skilmerkilega og hægt er. Kafað verður í rit fræðimanna og annarra sem höfundur telur nauðsynlegar heimildir við gagnaöflun og greiningu þeirra gagna. Dómar héraðsdómstóla og Hæstaréttar sem viðkemur viðfangsefni ritgerðarinnar skoðuð. Höfundur mun líta til þróunar á lagaákvæði Íslendinga er varðar viðfangsefnið og gera því skil hvernig þróun hefur átt sér stað undanfarna lagabálka, ásamt því að líta til lagasetningu nágrannalanda okkar er varðar viðfangsefnið. Höfundur telur að það muni auðvelda glöggum lesendum að ná dýpt viðfangsefnisins og skilja betur upphaf, þróun og nútíma barnaréttar.

3. Hugtök og þróun þeirra

3.1. Barn

Ekki er skilgreint hugtakið barn í núgildandi barnalögum. Á Íslandi verða menn lögráða við 18 ára aldur, sem felst í því að vera sjálfráða og fjárráða, sbr. 1. gr. lögræðislaga nr. 71/1997.⁸ Fyrir löggildingu lögræðislaga urðu menn lögráða við 16 ára aldur, litið var til skilgreiningu Barnasáttmálans, þar sem kveðið er á um að menn undir 18 ára aldri eru börn, ásamt því að vera í samræmi við nágrannalönd Íslands.⁹ Hugtakið barn er einnig skilgreint í 3. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, þar sem kveðið er á um að með barni er átt við einstakling undir 18 ára aldri.

3.2. Forsjá

Í ákvæði 28. gr. núgildandi barnalaga er kveðið á um inntak forsjár barns.

3.2.1. Hvað felst í því að fara með forsjá barns?

Lagaákvæðið kveður á um að barn á rétt á forsjá foreldra sinna, annars eða beggja, þangað til það verður lögráða, við 18 ára aldur. Foreldrum ber að annast barn sitt, sýna því umhyggju og virðingu, gegna forsjár- og uppeldisskyldum sínum sem hentar þörfum barns og hag þess. Forsjá barns felur í sér skyldu foreldra til að vernda barn sitt gegn ofbeldi og annarri vanvirðandi háttsemi ásamt þeim rétti og skyldu fyrir foreldri til að ráða persónulegum högum barns og ákveða búsetustað þess. Foreldrum ber að afla barni sínu lögmæltrar fræðslu, kenna því iðjusemi og siðgæði, sjá til þess að barn fái menntun og starfsþjálfun í samræmi við hæfileika þess og áhugamál. Þá fara forsjáforeldrar með lögformlegt fyrirvar barns, t.d. ef barn er aðili dómsmáls. Foreldrum ber að hafa samráð við barn sitt áður en tekið er ákvörðun um málefni þess miðað við aldur og þroska barnsins. Afstaða barnsins skal þá fá aukið vægi eftir aldri og þroska þess.

3.2.2. Lögheimili

Í ákvæði 1. mgr. 1. gr. laga um lögheimili nr. 21/1990¹⁰ er kveðið á um að lögheimili manns er sá staður þar sem hann hefur fasta búsetu. Í 2. mgr. ákvæðisins er kveðið á um að maður telst hafa fasta búsetu á þeim stað þar sem hann hefur bækistöð sína, dvelst að jafnaði í tólmstundum

⁸ Hér eftir „lögræðislög“.

⁹ Önnur skýrsla Íslands um framkvæmd samnings á vegum Sameinuðu þjóðanna frá 20. nóvember 1989 um réttindi barnsins. Sótt af http://domsmalaraduneyti.is/utgefing-efni/til_nefnda/nr/54.

¹⁰ Hér eftir „lög um lögheimili“

sínum, hefur heimilismuni sína og svefnstaður hans er þegar hann er ekki fjarverandi um stundarsakir vegna orlofs, vinnuferða, veikindi eða annarra hliðstæðra atvika. Í ákvæði 1. málsl. 8. gr. lul. er kveðið á um að barn [17 ára] eða yngra á sama lögheimili og foreldrar þess ef þeir búa saman, eða hjá því foreldri sem hefur forsjá þess. Í 2. málsl. ákvæðisins er kveðið á um að ef barn hefur fasta búsetu hjá því foreldri sem ekki hefur forsjá þess skal það eiga þar lögheimili enda sé forsjárforeldri samþykkt búsetinu. Í 3. málsl. ákvæðisins er kveðið á um að ef forsjá barns hefur ekki verið falin hjá öðru hvoru foreldranna á barnið lögheimili hjá því foreldri sem það býr hjá. Þá er kveðið á um í 4. málsl. ákvæðisins um að barn á lögheimili þar sem það hefur fasta búsetu ef barn býr ekki hjá foreldrum sínum.

3.2.3. *Forsjá stjúpfóreltra*

Í 29. gr. a. brl. er kveðið á um forsjá stjúp- og sambúðarforeltra. Í 1. mgr. ákvæðisins er kveðið á um að ef foreldri, sem er ekki í hjúskap og fer eitt með forsjá barns síns, gengur í hjúskap með öðrum en hinu foreldrinu, þá geta foreldri og stjúpfóreltri samið um að forsjá barns verði sameiginleg. Hið sama á við ef foreldri hefur tekið upp sambúð með öðrum en hinu foreldrinu enda hafi skráð sambúð í þjóðskrá staðið samfleytt í eitt ár.

3.2.4. *Á hverjum hvílir skylda til að framfæra barn?*

Í ákvæði 53. gr. brl. er kveðið á um framfærsluskyldu foreltra. Í 1. mgr. ákvæðisins er kveðið á um að foreldrum, báðum saman eða hvoru um sig, er skylt að framfæra barn sinn ásamt því að framfærslu barns skal haga með hliðsjón af högum foreltra og þörfum barns.

3.2.5. *Meðlag*

Í ákvæði 54. gr. brl. er kveðið á um meðlag með barni við skipan forsjár þess. Í 1. mgr. ákvæðisins er kveðið á um að meðlagsgreiðslur með barni skal ákveða við skilnað foreltra að borði og sæng og við lögskilnað á sama tíma og ákvörðun um forsjá og hvar barn skuli eiga lögheimili. Foreldrar sem slíta sambúð gera slíkt hið sama. Samning skal gera um meðlag og er hann aðeins gildur þegar sýslumaður hefur staðfest hann eða gerð sé sátt fyrir dómi um það, sbr. 1. mgr. 55. gr. brl. Þá er ekki heimilt að semja um lægri meðlag en barnalífeyri kveður á um hverju sinni, skv. lögum um almannatryggingar nr. 100/2007.¹¹ Í 6. mgr. 20. gr. laga um almannatryggingar er kveðið á um árlegan barnalífeyri fyrir barn undir 18. ára aldri. Það foreldri sem framfærir barn getur krafist þess að meðlag sé ákveðið og innheimt, enda hefur það foreldri forsjá barns eða barn býr hjá foreldrinu skv. lögmætri skipan, sbr. 56. gr. brl.

¹¹ Hér eftir „lög um almannatryggingar“.

3.2.5.1. Einfalt meðlag

Einfalt meðlag er lágmarksupphæðin sem heimilt er að semja um. Einfalt meðlag er greitt af Tryggingarstofnun ríkisins,¹² sbr. 67. gr. brl. ef skilyrðin eru fyrir hendi, þ.e. ef samningur er staðfestur af sýslumanni, dómsúrskurði, dómsátt, eða úrskurður sýslumanns.¹³ Þá hefur TR það hlutverk að innheimta meðlagið úr hendi meðlagsgreiðanda, svo það foreldri sem þiggur meðlagið þurfi ekki að reiða á hitt foreldrið.

3.2.5.2. Auka meðlag

Auka meðlag getur verið tvöföld, þreföld eða jafnvel fjórföld upphæð lágmarksmeðlags. Í *Hérd. Rvk. 17. október 2007 (E-1123/2007)* krafðist K aukameðlags úr hendi M en ágreiningur var um hver upphæð aukameðlagsins átti að vera. K aflaði lágra tekna en M gat ekki sýnt fram á tekjur sínar með beinum hætti, en fjármagnstekjur M voru tæpar 180 milljónir á tveggja ára tímabili. Á þeim grundvelli var M dæmdur til að greiða fjórfalt meðlag með barni þeirra. Niðurstaða dómsins byggðist á þeirri skyldu foreldra að framfæra barn sitt með hliðsjón af högum sínum og þörfum barnsins, sbr. 1. mgr. 53. gr. brl. og 2. mgr. 57. gr. brl.

Ef úrskurður liggur fyrir um greiðslu aukameðlags ber TR ekki að innheimta aukameðlagið. Lögheimilisforeldri verður því að innheimta aukameðlag sjálft. Hins vegar er í ákvæði 3. gr. laga nr. 54/1971 um Innheimtustofnun sveitarfélaga kveðið á um hlutverk Innheimtustofnunar sveitarfélaga. Í 3. mgr. ákvæðisins er kveðið á um að Innheimtustofnuninni sé heimilt að taka að sér innheimtu gegn greiðslu á aukameðlagi, sé þess óskað.¹⁴ Sú heimild hefur aldrei verið nýtt, sem höfundi finnst ekki skrítið því hún hefur sjálf samið um meðlag og tjáði fulltrúi sýslumanns henni að ef hún ætlaði að krefjast aukameðlags þá þyrfti hún að innheimta það sjálf og minntist ekki á þennan valmöguleika.

3.2.5.3. Samspil umgengni og framfærslu

Tekjur foreldra spila sterkt inn í líf skjör barna sinna. Nefnd á vegum innanríkisráðuneytisins lagði til frumvarp til laga um breytingar á lagaákvæðum er varða framfærslu barna og meðlag skv. núgildandi barnalögum sem fólu í sér umfangsmiklar breytingar á meðlagskerfinu árið 2010. Ein breytingin fólst í að tekið verði tillit til umgengnisréttar þegar ákvörðun um upphæð meðlags er tekin. Ef umgengni er mikil er upphæð meðlagsins minna en ef umgengni er lítil eða jafnvel engin, má hins vegar ekki semja um lægri upphæð en lágmarkið, sbr. kafli. 3.1.5. Þessi nálgun á samspili umgengni og framfærslu er að hætta getur skapast á að tengja þessi tvö

¹² Hér eftir „TR“

¹³ Sýslumenn á Íslandi. (2011)

¹⁴ Alþt. Frumvarp til laga um Innheimtustofnun sveitarfélaga. 91. lög. 1970, Þskj. 623. – 119. mál.

hugtök saman því ákvarðanir um umgengni gæti þannig endurspeglast af fjárhagslegum sjónarmiðum.¹⁵

3.3. Sameiginleg forsjá

Í ákvæði 28. gr. a. brl. er kveðið á um inntak sameiginlegrar forsjár. Þar er kveðið á um að foreldrar sem fara sameiginlega með forsjá barns skulu þeir taka sameiginlega allar meiri háttar ákvarðanir er varða málefni barnsins. Foreldrar skulu ávallt hafa samráð áður en ákvarðanir eru teknar um málefni barnsins en ef foreldrar búa ekki saman hefur foreldri sem barn á lögheimili hjá heimild til þess að taka afgerandi ákvarðanir um daglegt líf barnsins, s.s. hvar barn skal eiga lögheimili innan landsins, um val á leikskóla, grunnskóla og daggæslu, venjulega eða nauðsynlega heilbrigðisþjónustu og reglubundið tólmundastarf. Á þetta getur reynt ef ágreiningur rís um ákvarðanir um málefni barns.¹⁶ Ef forsjárforeldri barns er hindrað í að sinna forsjárskyldum sínum eru nauðsynlegar ákvarðanir hins um persónulega hagi barns gildar. Sameiginleg forsjá felur einnig í sér að öðru foreldrinum er óheimilt af fara með barnið úr landi án samþykkis hins. Þá helst sameiginleg forsjá eftir skilnað eða slit skráðrar sambúðar, nema annað sé ákveðið og er sameiginleg forsjá því meginreglan.

3.4. Umgengni

VIII. kafli barnalaga fjallar um umgengnisrétt o.fl. sem tengist honum. Reynt er að foreldrar semji um umgengnisrétt barnsins, sbr. 4. mgr. 46. gr. brl. og þeim ber að hafa samráð við barn sitt áður en þau taka veigamikla ákvörðun er varðar líf þess eftir því sem aldur og þroski barnsins gefur tilefni til, sbr. 6. mgr. 28. gr. og 3. mgr. 1. gr. brl.

3.4.1. Hver getur óskað eftir umgengni?

Fyrst og fremst er það foreldrar barns sem geta óskað eftir umgengnisrétti.¹⁷ Með umgengnisrétti er átt við rétt barns til samveru og önnur samskipti við umgengnisforeldri sitt, sbr. 2. málsl. 1. mgr. 46. gr. brl. Umgengnisforeldri ber skylda til þess að rækja umgengni við barn sitt og lögheimilisforeldri ber skylda að rækta samband barns og umgengnisforeldri þess, sbr. 2. mgr. 46. gr. brl. Ef foreldri er ókleift að rækja umgengnisskyldur sínar við barn eða foreldri nýtur verulega takmarkaðrar umgengni á barnið rétt á umgengni við nána vandamenn þess foreldris eða aðra nákomna barni, sbr. 1. mgr. 46. gr. a. brl.

¹⁵ http://www.foreldrajafnretti.is/wp-content/uploads/DOM_20100204_Drog_ad_frumvarpi_medlag.pdf

¹⁶ <https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/forsja/>

¹⁷ <https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/umgengni/>

3.4.2. *Hve mikil skal umgengni vera?*

Ekki er lögfest í barnalögum hversu mikil umgengni skal vera og því geta foreldrar samið um það sem þeir telja best fyrir barnið sitt. Eina lögfesta reglan í barnalögum er heimild sýslumanns til að úrskurða um umgengni allt að 7 daga af hverjum 14 dögum, þ.e. aðra hvora viku, og er það einungis þegar sérstaklega stendur á, sbr. 3. mgr. 47. gr. brl. Þegar sýslumaður úrskurðar um umgengni lítur hann til tengsla barns við foreldra, aldur barns, öryggi barns á heimilinu, stöðugleika í lífi þess, búsetu foreldranna og vilja barns eftir aldri og þroska, sbr. 1. mgr. 47. gr. brl.

3.4.3. *Tengsl barns við umgengnisforeldri?*

Í lögum nr. 61/2012 um breytingu á barnalögum nr. 76/2003, með síðari breytingum, voru gerðar ýmsar breytingar á lagaákvæðunum er varðar forsjá og umgengni. Breytingarlögin tóku gildi 1. janúar 2013. Í athugasemdum með frumvarpi til laganna er fjallað um þarfir barns í tengslum við umgengni. Áhersla er lögð á að skapa aðstæður og tengsl sem styðji þroskaferil barns á sem besta hátt.¹⁸

3.5. **Réttur barns til þess að tjá sig m.t.t. aldurs og vilja barns**

Þegar tekið er ákvörðun um forsjá eða umgengni barns skal líta til meginreglu barnalaga um að framkvæma það sem er barni fyrir bestu. Ef samkomulag næst ekki hjá sýslumanni um forsjá barns við slit á sambúð, skilnað að borði og sæng eða við lögskilnað er hægt krefjast úrskurðar eða að höfða mál um forsjá barns. Áður ef þess er krafist er foreldrum skylt að leita sátta með sáttameðferð, sbr. 33. gr. a. brl. Það er einhvers konar meðalhófsregla barnalaga í sáttameðferð en markmið hennar er að hjálpa foreldrum að gera samning um þá lausn sem er barni fyrir bestu áður en leitað er til dómstóla. Ef svo fer að ekki næst samkomulag þá er leitað til dómstóla.

Réttur barns til að tjá sig um mál er lögfestur í ákvæði 43. gr. brl. en í 1. másl. 1. mgr. lagagreinarinnar er kveðið á um að barni sem hefur náð nægilegum þroska skal veita kost á að tjá sig um mál nema ef slíkt getur haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit málsins. Þá er einnig lögfest í 3. mgr. 1. gr. brl. að barn á rétt á því að láta skoðanir sínar í ljós í málefnum er varðar það og skal tekið réttmætt tillit til skoðana barnsins.

Réttur barns til þess að tjá sig um mál er einnig lögfestur í öðrum lagabálkum hér á landi. Í 2. mgr. 46. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 er kveðið á um barni skal gefa kost á að tjá sig um

¹⁸ Hrefna Friðriksdóttir. *Handbók. Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 174/179.

málefni sem það varðar í samræmi við aldur þess og þroska og taka skal réttmætt tillit til skoðana þess við úrlausn málsins þegar kemur að málsmeðferð barnsins.

Tjáningarréttur barns er einnig lögfestur í Þjóðréttarsamningum, þ.e. í 12. gr. Barnasáttmálans, 13. gr. Barnasáttmálans,

3.6. Sjálfsákvörðunarréttur barns

Börn hafa sjálfstæð réttindi sem kallast m.ö.o. sjálfsákvörðunarréttur þess en í því felst m.a. sá réttur til þess að taka ákvarðanir í persónulegum málefnum þess, t.a.m. hverju barnið ætlar sér að klæðast, hárgreiðsla þess og val á tómsundum. Rétturinn grundvallast á viðurkenningu þess að barn er sjálfstæður einstaklingur með sjálfstæð réttindi en þessi réttur kom fyrst í ljós í barnalögum sem tóku í gildi 1. júlí 1992 er barn taldist ekki vera eign foreldra sinna lengur.¹⁹ Lögfest eru í ákvæðum ýmsra lagabálka þar sem kveðið er á um sjálfsákvörðunarrétt barna, t.a.m. 8. gr. laga nr. 108/1999 um skráð trúfélög sem fjallar um rétt manneskju yfir 16 ára aldurs til að taka ákvörðun um hvort það vill skrá sig í eða úr trúfélagi, 2. mgr. 26. gr. laga nr. 74/1997 um réttindi sjúklinga sem fjallar um að barn yfir 16 ára aldri getur samþykkt sjálft nauðsynlega meðferð sem það þarf á að halda og 1. mgr. 6. gr. laga nr. 130/1999 um ættleiðingu sem fjallar um að barn yfir 12 ára aldurs verði ekki ættleitt án samþykkis þess. Í þessum tilvikum færast réttur barnsins úr hendi foreldris yfir til barnsins og fær barnið að taka ákvörðun fyrir sig sjálft. Í núgildandi barnalögum er ekki kveðið á um sjálfsákvörðunarrétt barns á einhverjum ákveðnum aldri, heldur er lagt áherslu á að réttur barnsins fer stigvaxandi með aldri þess og þroska.

¹⁹ Davíð Þór Björgvinsson. (1995). *Barnaréttur*, bls. 174.

4. Barnalög á Íslandi

Í kafla þessum mun höfundur fjalla um fyrstu heilstæðu barnalögin til barnalaganna sem eru núgildandi. Áður en fyrstu barnalögin voru lögfest var kveðið á um málefni barna á mörgum stöðum í lagabálkum. Kveðið var t.d. um skipan forsjár barna og umgengnisrétt í lögum nr. 60/1972 um stofnun og slit hjúskapar. Með barnalögum nr. 9/1981 var þetta einfaldað og lögfest í einn lagabálk.

4.1. Barnalög nr. 9/1981

Fyrstu heilstæða löggjöfin um málefni barna tóku í gildi 1. janúar 1982 með barnalögum nr. 9/1981. Meginregla þeirra laga er sá sama og er í núgildandi barnalögum, þ.e. að ávallt hafa að leiðarljósi það sem er barni fyrir bestu. Lögin gerðu ekki ráð fyrir að barn eigi sérstakan tjáningarrétt í málefnum þess en líkt og í núgildandi barnalögum var kveðið á um að foreldrar skuli hafa samráð við börnin sín áður en teknar eru ákvarðanir um málefni þess m.t.t. þroska þess, sbr. 5. mgr. 35. gr. laganna. Þá var dómsmálaráðuneytið falið að kveða upp úrskurð um málefni barnsins í forsjár- og umgengnisdeilum foreldra sinna, sbr. 3. másl. 1. mgr. 38. gr. og 2. másl. 2. mgr. 40. gr. laganna. Ef málefni barns fer fyrir dómstóla var engin skylda sett fyrir dómara að veita barni þann rétt að tjá sig um það. Börn höfðu því einungis þann rétt að tjá sig þegar foreldrar höfðu samráð við börnin sín ef ákvarðanir skulu teknar um málefni þess, annars var enginn annar tjáningarréttur barns lögfestur.

Afstaða foreldra skiptu öllu máli og ef foreldrar höfðu ekki samráð við barn þess um ákvarðanatöku í málefni er varðar það, var engin afskipti höfð af stjórnvöldum eða dómstólum. Má álykta af þessu að börn voru eins og eign foreldra sinna á þessum tíma. Barnalög nr. 20/1992 tóku síðan við eftir að barnalögin frá 1981 voru brottfallin.

4.2. Barnalög nr. 20/1992

Barnalög nr. 20/1992²⁰ tóku í gildi 1. júlí 1992. Lögin voru mikil réttarbót fyrir börn þar sem tjáningarréttur barna var lögfestur, sbr. 1. og 2. másl. 4. mgr. 34. gr. og 6. mgr. 37. gr. laganna. Þar var kveðið á um að skylt væri að veita barni, sem er 12 ára gamalt eða eldra, kost á að tjá sig í forsjár- eða umgengnismálum nema það væri skaðlegt fyrir barnið eða þýðingarlaust fyrir úrslit málsins. Heimilt var að ræða við barn undir 12 ára aldur miðað við aldur þess og þroska.

²⁰ Hér eftir „Barnalög frá 1992“.

Barnasáttmálinn, sem samþykktur var fyrir Íslands hönd árið 1992, ber að geyma rétt barns til þess að tjá sig um málefni þess, sbr. 12. gr. Barnasáttmálans, og er tjáningarréttarákvæði barns í barnalögum frá 1992 sett á með hliðsjón af ákvæði Barnasáttmálans.²¹ Tjáningarréttarákvæði barns var þá skylt að veita af stjórnvöldum og dómstólum með lagasetningunni.

Með breytingarlögum nr. 18/2001²² á barnalögum nr. 20/1992 voru gerðar enn frekari bætingar á rétti barna. Þar var aðilum forsjár- og umgengnisdeilna boðið upp á sérfræðiráðgjöf til þess að finna sameiginlegan flöt á ágreiningi sínum. Í ákvæði 3. másl. 1. mgr. 37. gr. A barnalaga frá 1992 var kveðið á um þá skyldu sýslumanns að bjóða barni, sem hafði náð 12 ára aldri, sérfræðiráðgjöf ef það þjónaði hagsmunum þess, sbr. 3. másl. 1. mgr. 1. gr. breytingarlaganna frá 2001. Undantekning á því var að heimilt var að bjóða barni undir 12 ára aldri sérfræðiráðgjöf ef það þjónaði hagsmunum þess. Sýslumaður átti einungis að bjóða barni ráðgjöfina en barninu var ekki skylt að taka við henni og mátti því ákveða hvort það myndi þiggja eða afþakka hana. Afstaða foreldra barnsins hafði ekki áhrif á það hvort barninu var boðið sérfræðiráðgjöfina og með því er réttur barna mun sterkari en hann var í fyrstu barnalögum.

Með barnalögum frá 1992 fékk barn að ráða því hvort það vildi nýta sér tjáningarrétt sinn eður ei. Það er hins vegar ekki auðvelt að fullyrða að foreldrar reyndu að hafa áhrif á rétt barnsins í þessum efnum.

4.3. Barnalög nr. 76/2003

Barnalögin nr. 76/2003²³ tóku gildi þann 1. nóvember 2003 og eru enn í gildi. Með þeim fylgdu nýmæli sem ekki höfðu sést áður í barnalögum og brottfall lagaákvæða sem höfðu verið lögfest áður í eldri barnalögum. Lögin eru mikilvægasta heimildin sem fundin er í lögum á sviði barnaréttar.²⁴

Ekki var lengur kveðið á um aldur barns til þess að nýta sér tjáningarrétt sinn fyrir dómstólum, sbr. 4. mgr. 34. gr. barnalaga frá 1992. Ekki er lengur miðað við 12 ára aldur, sem skylt er að bjóða tjáningarrétt um forsjár- eða umgengnismál, heldur er miðað við að gefa barni rétt til að tjá sig í samræmi við aldur og þroska, sbr. 3. mgr. 1. gr. nógildandi barnalaga og barni sem hefur náð nægilegum þroska með þeim takmörkunum að það geti haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit málsins, sbr. 1. másl. 1. mgr. 43. gr. nógildandi barnalaga. Þar með er réttur barns undir 12 ára aldur orðin sterkari og meira í takt við 12. gr. barnasáttmála

²¹ <http://www.althingi.is/alttext/141/s/0947.html>

²² Hér eftir „breytingarlögin frá 2001“.

²³ Hér eftir „nógildandi barnalög“.

²⁴ Ragnheiður Thorlacius. (2003). *Friðhelgi einkalífs*, bls. 11.

eins og önnur lagaákvæði í öðrum lagabálkum. Má þar nefna sem dæmi annars vegar lög nr. 160/1998 um breytingu á barnaverndarlögum nr. 58/1992 sem kveður á um rétt barnsins til þess að tjá sig um mál þess hjá barnaverndarnefnd og hins vegar 4. mgr. 13. gr. laga nr. 45/1996 um mannanöfn sem kveða á um það skilyrði að barn verður að hafa náð 12 ára aldri til þess að geta samþykkt nafnabreytingu.

Sjálfsákvörðunarréttur barns til þess að þiggja eða afþakka sérfræðiráðgjöf var þá afnumin, sbr. 37. gr. A barnalaga frá 1992. Afleiðingar brottfalls þessa lagaákvæðis var að foreldrar og sýslumaður geta tekið þá ákvörðun fyrir hönd barnsins að það fái ekki að nýta tjáningarrétt sinn sem er lögfestur í sama lagabálk.

Að ofangreindu er lýst tveimur breytingum sem áttu sér stað með núgildandi barnalögum. Breytingarnar eru þversögn á hvor aðra, þ.e. að lagaákvæðið er brottnumið sem kveður á um ákveðin aldur barns til þess að tjá sig og gefur það börnum á öllum aldri, m.t.t. nægilegs þroska, að tjá sig og þá er lögfest lagaákvæði sem tekur ákvörðunarrétt barns úr höndum þess til þess að tjá sig og gefur foreldrum og sýslumanni réttinn til þess að taka ákvörðun um tjáningarrétt barnsins. Nánar verður vikið að því í kafla 8.

5. Alþjóðlegir samningar

Börn eru sérstaklega viðkvæmur hópur í þjóðfélaginu og er þeim tryggð aukinn stuðningu og vernd í ýmsum alþjóðlegum mannréttindasamningum. Fyrsta alþjóðlega viðurkenningin um sérstöðu barna var tryggð í Genfaryfirlýsingu Þjóðabandalagsins frá 1924. Genfararfirlýsingin var byggð á stefnuyfirlýsingu alþjóðasamtaka Barnaheilla.²⁵ Þar var kveðið á um ýmsar grundvallarreglur um vernd og umönnun barna en þar voru réttindi barnsins ekki formlega bindandi að þjóðarétti. Börn urðu fyrir grófum mannréttindabrotum í seinni heimstyrjöldinni og í kjölfar hennar jókst umræðan um hversu nauðsynlegt er að tryggja börnum vernd. Þá var sérstök yfirlýsing um réttindi barnsins samþykkt árið 1959 af Sameinuðu þjóðunum, sem var þó ekki bindandi að þjóðarétti heldur en hún byggðist af mörgu leyti á yfirlýsingu Þjóðabandalagsins.²⁶

Tvær yfirlýsingar voru þá til um réttindi og vernd barna en voru ekki bindandi að þjóðarrétti. Flest ríki voru sammála um að nauðsynlegt væri að tryggja réttindi og vernd barna á alþjóðlegum vettvangi og hófust þau handa árið 1979 við að útbúa sérstakan þjóðréttarsamning um réttindi barna. Formlega var árið 1979 útnefnt sem ár barnsins. Það tók 10 ár til þess að fullgera Barnasáttmálann og var hann tilbúinn til undirritunar og fullgildingar þann 20. nóvember 1989 þar sem Barnasáttmállinn var lagður fyrir allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna.²⁷

5.1. Barnasáttmállinn

Ísland fullgilti Barnasáttmálann árið 1992 en það felur í sér að Ísland er skuldbundið að þjóðarétti til að virða og uppfylla ákvæði Barnasáttmálans. Þann 20. febrúar 2013 var Barnasáttmállinn lögfestur á Íslandi með lögum nr. 19/2013 um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins.²⁸ Barnasáttmálann má rekja aftur til Genfaryfirlýsingarinnar. Yfirlýsingin var samþykkt af Þjóðabandalaginu árið 1924 en hún innihélt fimm meginreglur um viðbrögð við hörmungum sem var í kjölfar á fyrri heimstyrjöldinni. Ein reglan var t.d. um að börn ættu að ganga fyrir þegar veitt væri aðstoð í neyðartilfellum. Sameinuðu þjóðirnar samþykktu yfirlýsingu um réttindi barna árið 1959, sem var nánari útfærsla á reglum Genfarsáttmálans. Sú yfirlýsing innihélt tíu meginreglur sem voru nánari útfærsla á reglum Genfaryfirlýsingarinnar

²⁵ e. Save the Children.

²⁶ <http://www.barnasattmali.is/barnasattmalinn/umbarnasattmalann.html>

²⁷ <http://www.barnasattmali.is/barnasattmalinn/umbarnasattmalann.html>

²⁸ <http://www.barnasattmali.is/barnasattmalinn/umbarnasattmalann.html>

en voru ekki skuldbindandi. Því var krafa gerð að setja reglurnar í milliríkjasamning og var í kjölfarið ákveðið að gera sáttmála á ári barnsins, 1979.²⁹

5.1.1. *Inntak Barnasáttmálans*

Í grófum dráttum má skipta efnisreglum Barnasáttmálans um réttindi barna í þrenns konar flokka, þ.e. vernd, þátttöku og umönnun. Efnisreglurnar eru að finna í 1. til 41. gr. Barnasáttmálans.

5.1.2. *Grundvallarreglur Barnasáttmálans*

Grundvallarreglur Barnasáttmálans eru fjórar talsins. Í fyrsta lagi er reglan um jafnræði og bann við mismunun. Reglan felur í sér að öll börn skulu njóta réttinda sáttmálans án tillits til kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúar, stjórnmalaskoðana, ætternis, fötlunar, félagslegrar stöðu eða annarra aðstæðna þeirra eða stöðu eða athafna foreldra þeirra, sbr. 2. gr. sáttmálans. Í öðru lagi er reglan um að gera það sem er barninu fyrir bestu. Reglan felur í sér að allar þær ákvarðanir og ráðstafanir stjórnvalda skulu kristallast á því sem er barninu fyrir bestu. Aðildarríki skulu ganga í skugga um að stofnanir og þjónusta sem viðkemur börnum uppfylli þau skilyrði sem stjórnvöld hafa sett, þ.e. þau skilyrði um öryggi, heilsuvernd, fjölda og hæfni starfsmanna og yfirumsjón, sbr. 3. gr. sáttmálans. Í ákvæði 6. gr. sáttmálans er kveðið á um rétt barns til lífs og þroska. Öll börn eiga réttinn til lífs og aðildarríki skulu tryggja að það megi lifa og þroskast. Þá er í ákvæði 12. gr. sáttmálans kveðið á um rétt barns til þess að tjá sig, þ.e. láta skoðanir sínar í ljós og til að hafa áhrif. Réttmætt tillit skal tekið til skoðana barna í samræmi við þroska þeirra og aldur. Börnum á að vera veitt tækifæri á að láta skoðanir sínar á framfæri um málefni sem varðar þau við málsmeðferð fyrir dómi eða yfirvöldum.

5.1.3. *Ákvæði 12. gr. Barnasáttmálans*

Tjáningaréttur barns er tryggt í 12. gr. Barnasáttmálans en hann gefur barninu ekki færi á því að ákveða sjálf hvað sé því fyrir bestu, heldur einungis tækifæri til þess að tjá sig um málefni þess.³⁰ Það er kveðið á um að aðildarríki skulu tryggja barni, m.t.t. þroska og aldurs, rétt til þess að láta eigin skoðanir í ljós í málefnum sem það varðar ásamt því að barni skal veitt tækifæri að tjá sig þegar yfirvofandi ákvarðanatoka um málefni barns er í vændum. Barn á skv. ákvæðinu ótvíræðan rétt til þess að láta skoðanir sínar á framfæri í málefnum er varðar það án þess að bera skyldu til þess.³¹ Ekki verður pín barn til þess að tjá sig ef það vill það ekki en sáttmálinn

²⁹ Guðmundur Eiríksson: *Tilurð Barnasáttmálans, vægi hans og hlutverk*, bls. 6.

³⁰ Þórhildur Línal. (2007). *Barnasáttmálinn: Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi*, bls. 26.

³¹ Þórhildur Línal. (2011). *Barnasáttmálinn: að mörgu að hyggja*, bls. 94.

gerir ráð fyrir svoleiðis stöðu með því að gera ráð fyrir milligöngu talsmanns eða sérfræðings í málefnum barna.³² Réttindi barnsins skv. 12. gr. Barnasáttmálans er ekki takmörkuð við ákveðinn lágmarksaldur, eins og var í barnalögum frá 1981, heldur eiga öll börn rétt til þess að tjá sig um skoðanir sínar, þótt það er kveðið á um í niðurlagi ákvæðisins að taka skuli mið af aldri þess og þroska.

Með ákvæðinu er slegið föstu að börn séu ekki eign foreldra sinna og foreldrar eigi að taka ákvarðanir fyrir barnið, þrátt fyrir að vilji barnsins sé því andstæður. Börn eru sjálfstæðir einstaklingar með fullgild mannréttindi og taka skal tillit til þeirra, sem og skoðanir þeirra, ef taka skal ákvörðun í málefnum er varðar þau. Þess ber að geta að börnin fá ekki sjálfstæðan ákvörðunarrétt með ákvæðinu, heldur einungis að barnið fái að vera þátttakandi í máli þess.

5.1.4. Skuldbindingargildi Barnasáttmálans fyrir Ísland

Árið 2013 var Barnasáttmálinn lögfestur á Íslandi með lögum nr. 19/2013 um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins og er hann þá orðinn að landslögum með skuldbindingargildi eins og almenn lög á Íslandi. Barnasáttmálinn inniheldur mjög víðtæk réttindi og ekkert í honum kemur í veg fyrir að gildandi landslög aðildarríkjanna, alþjóðalög eða reglur þjóðaréttar gagnvart ríkjunum veiti barni frekari réttindi. Hins vegar ef önnur lög veita barni ríkari tjáningarrétt skal fara eftir þeim, sbr. 41. gr. barnasáttmálans. Þegar samið var frumvarp til barnalaga sem eru núgildandi var höfð sérstök hliðsjón af alþjóðlegum skuldbindingum Íslands á sviði barnaréttar, m.a. barnasáttmálanum.

³² Þórhildur Línadal. (2011). *Barnasáttmálinn: að mörgu að hyggja*, bls. 94.

6. Sjónarmið barna í forsjár- og umgengnisdeilum foreldra sinna

Í ákvæði 47. gr. brl. er fjallað um þegar foreldrar komast ekki að samkomulagi og sýslumaður þarf að úrskurða um umgengni. Í 1. mgr. ákvæðisins er talið upp hvaða þátta sýslumaður lítur til þegar ákvörðun er tekin um umgengni en hún skal ávallt vera tekin eftir því sem er barni fyrir bestu. Þar er m.a. talið upp að sýslumaður líti til vilja barns að teknu tilli til aldurs þess og þroska. Fræðimaðurinn John Locke setti fram kenninguna um óskrifað blað. Hún fjallar um að börn fæðist ómótuð án hæfileika, þekkingar eða getu til þess að mynda sínar eigin skoðanir og komast af sjálf og óstutt. Börnin mótast með tímanum af því umhverfi sem þau eru umkringd.³³ Til þess að barn nái þessu sjálfstæði þarf það hjálp til þess að fóta sig í lífinu og hjálpa þeim til þess að standa á eigin fótum.³⁴ Sem foreldri hjálpar þú barni þínu að lifa og það leggur þá foreldra á þær skyldur á herðar að ákvarða hvað sé satt og rétt, mikilvægt og gagnlegt. Foreldrar gætu kennt börnunum sínum að mannlegt samfélag og umhyggja séu mikilvæg atriði til þess að horfa til í lífinu en oft býður lífstíll sumra foreldra að hlutir og efnisleg gæði séu mikilvægari. Með ómeðvituðum hætti kennir síðarnefnda foreldrið barninu sínu að efnislegir hlutir séu mikilvægari en mannlegt samfélag og umhyggja.³⁵ Þá hafa sum börn ekki þann þroska og reynslu sem nauðsynlegt er að hafa til þess að geta valið sjálf og séð afleiðingar þess. Börn þurfa að læra að axla ábyrgð ásamt því að þau þurfa að sleppa við ábyrgð sem þau eru ekki nógu þroskuð til þess að taka ábyrgðinni sem því fylgir. Það eru þá svik gagnvart börnum að leyfa þeim að velja sjálf þegar þau geta ekki staðist undir ábyrgðinni. Hins vegar eru það einnig svik að ef þau fá ekki að velja sjálf þegar þau eru komin með þroska til þess að geta það.³⁶

6.1. Vilji barns

Í VI. kafla brl. er fjallað um dómsmál vegna ágreinings um forsjá eða lögheimili barns.

6.2. Ákvæði 43. gr. barnalaga nr. 76/2003.

Í ákvæði 1. mgr. 43. gr. brl. er kveðið á um 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. Dómari getur falið sérfróðum manni að kynna sér viðhorf barnsins og gefa skýrslu um það samkvæmt ákvæðum 42. gr. Þegar sérfróður maður hefur ekki verið

³³ Nolen, Fredrickson, B.L., Loftus, G.R. og Wagenaar. (2009). *Atkinson&Hilgard's Introduction to Psycholog.*

³⁴ Dag Hallen, Oddbjorn Evershaug. (1993). *Barn á þroskabraut*, bls 17.

³⁵ Dag Hallen, Oddbjorn Evershaug. (1993). *Barn á þroskabraut*, bls 19.

³⁶ Dag Hallen, Oddbjorn Evershaug. (1993). *Barn á þroskabraut*, bls 19.

dómkvaddur getur dómari talið sérfræðingi að kynna sér viðhorf barns og gefa skýrslu um það.

Lagaákvæðið tryggir rétt barns til þess að upplýsa um vilja sinn um málefni þess með því að tjá sig. Tjáningarréttur barns var lögfest, eins og áður segir, með barnalögum frá 1992 en þar var rétturinn takmarkaður við 12 ára aldurs barnsins, hvort það myndi hafa skaðleg áhrif á barnið eða væri þýðingarlaust fyrir úrslit málsins.

6.2.1. Nægilegur þroski

Skilyrði er sett í ákvæðið sem tryggir barni réttindunum þeim til þess að tjá sig en það er staðsett í 1. másl. ákvæðisins, þ.e. “nægilegur þroski”. Það er ekki staðlað hver sé nægilegur þroski heldur er það matskennd ákvörðun hverju sinni. Aldurinn gefur góðan leiðarvísi á hversu þroskað barn er en alls ekki undantekningarlaust. Börn eru misjafnlega þroskuð þó þau séu á sama aldri. Afstaða barna sem yngri eru, eru ekki eins fullmótuð eins og afstaða barna sem eldri eru. Þeim geta fundist eins og þau eiga að gera upp á milli foreldra sinna og geta ekki alltaf gert grein fyrir eigin vilja og vilja foreldranna. Því yngri og óþroskaðara sem barn er því erfiðara er fyrir það að gera grein fyrir þeim atriðum sem máli skipta.³⁷ Áður var ákvæðið bundið 12 ára aldurstakmarki til þess að barn mætti tjá sig en með breytingu á ákvæðinu þar sem aldurstakmörkunin var brottfallin er nú skoðað vilja barna undir 12 ára aldurs. Í *Hérd. Rvk. 15. júlí 2008 (E-7818/2006)* var óskað eftir mati dómkvadds sálfræðings, skv. 2. másl. 1. mgr. 43. gr. núgildandi barnalaga, um vilja tveggja barna sem voru 6 og 8 ára. Niðurstaða sálfræðingsins var að börnin væru of ung til þess að kanna vilja þeirra og leyfa þeim að taka afstöðu til ágreinings um forsjá yfir þeim. Í *Hrd. 9. desember 2008 (632/2008)* var skoðaður vilji tveggja barna sem náðu 10 og 12 ára aldri og tekin var afstaða með hliðsjón af vilja barnanna, skýrslu sálfræðings og réttinda barnanna, skv. 1. mgr. 43. gr. núgildandi barnalaga. Í *Hrd. 30. október 2008 (140/2008)* var skoðaður vilji tveggja barna sem náðu 10 og 7 ára aldri. Báðir foreldrar þóttu hæfir að fara með forsjá barnanna en eitt foreldranna var dæmt forsjá á grundvelli mjög skýrrar afstöðu eldra barnsins. Af ofangreindum dómum má sjá að skýr vilji barna sem hafa náð nægilegum þroska að mati dómara eða sálfræðinga er veigamikil sjónarmið í forsjár- og umgengnismálum barna.

6.2.2. Tjáning barns hefur skaðleg áhrif á það

Ef tjáning barns hefur skaðleg áhrif á það er ekki leyft barni að tjá sig og er það undantekning frá meginreglunni um tjáningarrétt barns. Hér togast á tvær meginreglur barnaréttar, þ.e. að alltaf skuli hafa hagsmuni barns að leiðarljósi, sbr. 1. mgr. 3. gr. brl., og að leitast skuli við að

³⁷ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 68.

kanna vilja barns, sbr. 1. mgr. 43. gr. brl. Ekki er að finna í lögum eða lögskýringargögnum hvenær tjáning barns getur verið skaðleg fyrir það. Að hafa hagsmuni barns að leiðarljósi kristallast í barnalögunum og það að firra barni tjáningarréttar síns ef það hefur skaðleg áhrif á það samræmist meginreglunni. Það er er óljóst er hvenær tjáning barns getur haft skaðleg áhrif á það. Vissulega getur það tekið á barn að tjá sig um málefni þess og aðstæður þess, líkt og tekur á fullorðna að tjá sig um viðkvæm málefni. Ekki er að finna neitt nýlegt fordæmi þar sem talið var að tjáning barns hafði skaðleg áhrif á það en einn dómur *Eystri Landsréttar frá 16. október 1987* þar sem dómurinn taldi að það gæti haft skaðleg áhrif á 10 og 12 ára börn ef þau myndu tjá sig þar sem eldra barnið átti í andlegum veikindum að glíma við. Hins vegar er ekki hægt að staðfesta að tjáning þessarra barna hefðu haft skaðleg áhrif á þau en ekki var tekið áhætta á því. Erfitt er fyrir höfundur að velta fyrir sér í hvaða aðstæðum það gæti verið skaðlegt fyrir barn að tjá sig um málefni þess því þegar uppi er staðið mun tjáning barns gefa dómurum, sálfræðingum, o.fl. sem viðkemur málum barnsins, gefa þeim gleggri mynd á þeim aðstæðum sem barn lifir við. Sem dæmi má nefna, ef barn lifir við eða er vitni af heimilisofbeldi sem enginn veit um, gæti barn tjáð sig um það hjá videigandi aðilum þótt það sé erfitt fyrir það en það mun í kjölfarið leiða til þess að hægt sé að grípa inn í aðstæðurnar og þá er að mati höfundar verið að hafa hagsmuni barnsins að leiðarljósi.

6.2.3. *Tjáning barns þýðingarlaus fyrir úrslit máls*

Ef tjáning barns er þýðingarlaus fyrir úrslit málsins er ekki leyft barni að tjá sig og er það undantekning frá meginreglunni um tjáningarrétt barns. Hins vegar er ekki um að ræða þær aðstæður að tvær meginreglur togast á. Líkt og að ofangreindu í kafla 6.2.2. á höfundur erfitt með að ímynda sér hvenær tjáning barns getur verið þýðingarlaus fyrir úrslit málsins þar sem lög og lögskýringargögn gefa afar takmarkaðar upplýsingar af því í hvaða tilvikum slíkar aðstæður geta komið upp. Líklega þegar aðstæður eru svo, að niðurstaða er komin í máli barns og er ljóst að tjáning barns myndi ekki breyta niðurstöðu málsins, þá fella þær aðstæður undir ákvæðið, t.d. þar sem eitt foreldrið er algerlega vanhæft til þess að fara með forsjá barns eða sinna umgengnis skyldum sínum gagnvart barninu eða þegar barn kann ekki að tala. Að lokum gæti einnig verið þær aðstæður uppi að nýjar upplýsingar úr öðru máli liggi fyrir.³⁸ Í *Hrd. 21. ágúst 2009 (383/2009)* voru þær aðstæður uppi að dómari í héraði taldi það að tjáning 5 ára barns yrði þýðingarlaust fyrir úrslit málsins með þeim rökstuðningi að barnið væri óþroskað á miðað við aldur og að vitþroski þess mældist við þroska-hömlunarmörk. Þótt að úrskurður

³⁸ Hrefna Friðriksdóttir. (2013). *Handbók, Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*, bls. 163.

dómsins var ómerktur, þá gefur hann vísbendingu hvenær tjáning barns getur verið þýðingarlaus.

Þrátt fyrir allt framangreint þá er það mat höfundar að alltaf skuli gefa barni þann kost til þess að tjá sig og hefja samræður við barnið um málefni þess og sjá hver framvindan verður af því, þar sem meira getur komið í ljós við tjáningu þess. Ef sálfræðingar og aðrir þeir fagaðilar sem koma að tjáningu barnsins sjá að það hefur skaðleg áhrif á barnið þá er það mat höfundar að þá á ekki að óska eftir frekari tjáningu barnsins en ekki er hægt að sjá fyrirfram hvort tjáning barnsins hefur skaðleg áhrif á það né þýðingarlaus fyrir úrslit málsins áður en kannað er hvað barnið hefur að segja. Hins vegar skal alltaf hafa í huga lögbundna rétt barnsins til tjáningar um málefni sem snerta þau, sem lögfestur er í 1. mgr. 43. gr. brl., 12. gr. Barnasáttmálans og 73. gr. stjkskr., þegar skert er þessi réttindi.

6.2.4. Aðstæður þar sem barn vill ekki umgengni

Ef barn vill ekki umgengni án nokkurrar ástæðu getur Sýslumaður úrskurðað umgengni, ef það er barni fyrir bestu, án þess að úrskurða nánar um inntak umgengninnar, sbr. 2. mgr. 47. gr. brl. Það á þó frekar við þegar um er að ræða stálpað barn. Í *Hrd. 3. desember 2009 (303/2009)* var úrskurðað um umgengni fjögurra barna en ekki var kveðið á um inntak tveggja elstu barnanna sem voru 12 og 16 ára. Það gefur auga leið að slíkt getur talist barni fyrir bestu að þvinga barn til umgengnis andstætt vilja þess. Þessar aðstæður gefur vísbendingu um hvort úrskurðaraðilar, þ.e. Sýslumaður og dómstólar, taka mið af vilja barnsins. Af úrskurðum má álykta að það þarf að vera nauðsynlegt og að það gangi freklega gegn hagsmunum barnsins ef hafna skal vilja barnsins. Í *Hrd. 2005, bls. 84 (493/2004)* hafði 15 ára barn dvalist mikið hjá umgengnisforeldrinu að sínum vilja. Lögheimilisforeldrið krafðist þess að fá barnið afhent sér en barnið vildi vera hjá umgengnisforeldrinu. Hæstiréttur klofnaði og féllst meirihluti Hæstaréttur á kröfu lögheimilisforeldrisins. Hins vegar staðfesti minnihluti Hæstaréttar dóm héraðsdóms með vísan til vilja barnsins sem er lögfestur í barnalögum og Barnasáttmálanum. Í þessum dómi var ákvæði 45. gr. brl. höfð að leiðarljósi og ekki var tekið réttmætt tillit til vilja barns, m.t.t. nægilegs þroska og aldurs, að mati höfundar.

6.2.5. Aðstæður þar sem barn vill umgengni en foreldrið ekki.

Barn á rétt á því að þekkja báða foreldra sína, sbr. 1. gr. a. brl. Barn á einnig rétt á að umgangast með reglubundnum hætti það foreldrið sitt sem það býr ekki hjá með því skilyrði að það sé ekki andstætt hagsmunum þess, sbr. 1. mgr. 46. gr. brl. Umgengnisforeldri á rétt og ber skylda til þess að rækja umgengni við barn sitt, sbr. 2. mgr. 46. gr. brl., og er til þess að styrkja og rækta samband við foreldrið sitt. Þessi réttur er lögfestur í barnalögum en nýtur sérstakrar verndar

í 8. gr. MSE, 3. mgr. 9. gr. Barnasáttmálans og 71. gr. stjkskr.³⁹ Engin úrræði eru fyrir barn sem óskar eftir umgengni við umgengnisforeldrið sitt þrátt fyrir að það ber lagaleg skylda til þess að rækja umgengni við barn sitt og ef foreldri hefur yfir barninu forsjá þá skyldu foreldra sem kveðið er á um í 28. gr. brl. Þess má geta að ekki er líklegt að bestu hagsmunir barnsins séu fólgnir í því að þvinga foreldri til umgengnis við barn sitt ef það hefur ekki áhuga á því.⁴⁰ Það samrýmist löggjöf á Norðurlöndunum þar sem ekki eru viðurlög vegna brota á umgengni. Hins vegar er umgengni sett á vogarskálar á móti meðlagi, svo því meiri umgengni, því lægri meðlag.⁴¹

Ef lögheimilisforeldri hins vegar brýtur á umgengnissamningi með því að neita að afhenda barnið eða veita upplýsingar um hvar það dvelur, þrátt fyrir úrskurð héraðsdómara, getur sýslumaður að kröfu gerðarbeiðanda kveðið upp úrskurð um dagsektir, sbr. 1. mgr. 45. gr. brl. Í ákvæði 48. gr. er kveðið á um dagsektir með því markmiði að koma á umgengni en dagsektir geta verið að upphæð 30.000 kr. fyrir hvern dag sem líður sem lögheimilisforeldrið brýtur á umgengnissamning. Fjallað verður betur um ofangreint í kafla 6.3.

6.2.6. Sérfróður maður

Í ákvæði 1. mgr. 43. gr. brl. er kveðið á um að dómari getur falið sérfróðum manni að kynna sér viðhorf barnsins og gefa skýrslu um það skv. ákvæðum 42. gr. brl., en þegar sérfróður maður hefur ekki verið dómkvaddur getur dómari falið sérfræðingi að kynna sér viðhorf barns og gefa skýrslu um það. Dómari ákveður hvort foreldrið verður dæmd forsjá yfir barni sínu eftir lögum og meginreglum laga, eftir því sem er barni fyrir bestu. Viðhorf barns er einn þáttur sem dómari lítur til er hann ákveður hvað er barni fyrir bestu. Til þess að kanna viðhorf barnsins getur dómari sjálfur rætt við barnið en hann getur einnig falið dómkvöddum matsmanni að kanna viðhorf og sjónarmið barnsins eða öðrum sérfræðingi ef hann er ekki dómkvaddur matsmaður, sbr. 2. málsl. 1. mgr. 43. gr. brl. Dómari hefur hér víða heimild til þess að ákveða hvaða leið er farin með hagsmuni barnsins að leiðarljósi. Þótt það sé viðurkennt sjónarmið að dómari tali við barn þá er það ekki nauðsynlegt og getur dómari falið öðrum sérfróðum manni að kanna viðhorf og sjónarmið barnsins.⁴² Sérfræðingar eru faglærðir einstaklingar í að túlka og meta það sem barn segir, hversu marktækt það er eða hvort að barnið viti einfaldlega hvað það vill sjálft. Þeir nota ákveðna tækni í að tala við börn svo þeim líður ekki eins og þau séu undir yfirheyrslu eða

³⁹ Björg Thorarensen. (2008). *Stjórnskipunarréttur*, bls. 314.

⁴⁰ Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 935.

⁴¹ Hrefna Friðriksdóttir. (2013). *Handbók*, bls. 178.

⁴² Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 930.

sett upp við vegg og eiga að segja það sem einhver annar vill að þau segi með því að spyrjast fyrir um það sem spyrjandi vill fá svör við með öðrum hætti.⁴³

Þess vegna er mjög merkilegt að skoða þá dóma þar sem dómari viku skýrslu sérfróðs matsmanns eða sérfræðings á bug er hann dæmir í málinu.

Að lokum varpar höfundur fram þeirri hugleiðingu um milliliðalaus sönnunarfærslu sem felur í sér að sá dómari sem dæmir í máli hverju hefur það verkefni að taka skýrslur af aðilum málsins sjálfur og kynna sér atvik og framburð aðila máls sjálfur. Markmið reglunnar um milliliðalaus sönnunarfærslu er til þess fallin að dómari kynnist sönnunargögnum máls af eigin raun til þess að geta verið eins vel upplýstur og hann getur til þess að kveða upp sem réttasta dóminn. Ekki er höfundur með svarið en það gæti verið efni í aðra ritgerð.

6.2.7. *Talsmaður barns*

Í 46. og 55. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, nokkrum ákvæðum núgildandi barnalaga og 2. mgr. 12. gr. Barnasáttmálans er fjallað um að kanna vilja barns með milligöngu sérfræðings eða talsmanns. Sérstökum starfshópi var hrint saman til þess að kanna hvort veita ætti barni sérstaka aðild að dómsmáli þess eða skipa réttargæslumann við meðferð málsins. Niðurstaða sérfræðinganna var að barnið yrði of náíð deilu foreldranna ef barnið fengi aðild að dómsmálinu sjálfu og að það myndi brjóta gegn meginreglunni að hafa hagsmuni barnsins að leiðarljósi.⁴⁴ Hins vegar er kveðið á um í 1. mgr. 46. gr. bvl. að barn sem náð hefur 15 ára aldri er aðili barnaverndarmáls skv. ákvæðum 25., 27., 2. mgr. 34., 74. og 81. gr. laganna. Ákvæði 2. málsl. 1. mgr. 43. gr. brl. gefur dómara heimild til þess að fela sérfróðum manni að kynna sér viðhorf barnsins og gefa skýrslu um það skv. ákvæðum 42. gr. laganna. Ákvæði 3. mgr. 45. gr. brl. gefur Sýslumanni heimild til þess að boða fulltrúa barnaverndarnefndar til þess að vera til staðar fyrir barn sem tekið er með aðför og skal hann þar gæta hagsmuna barns. Þá er Sýslumanni heimilt að leita liðsinnis sérfræðings í málefnum barna á öllum stigum máls þess, m.a. til þess að kynna sér viðhorf barns eða foreldris, gefa umsögn um tiltekin álitæfni og til þess að afla gagna skv. 3. mgr. 72. gr. brl., sbr. 1. mgr. 74. gr. brl., sem var lögfest með breytingarlögum nr. 61/2012 sem tók gildi þann 1. janúar 2013.

Að ofangreindu er ljóst að það er enginn sem talar sérstaklega fyrir hönd barnsins og gætir hagsmuna þess á öllum stigum máls þess, heldur er einungis heimild í lögum að fela sérstökum manni til þess að gera það.

⁴³ Sigríður Ingvarsdóttir (1996). *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 70.

⁴⁴ Alpt. 2002-2003, A-deild, bls. 976

6.3. Ágreiningur um umgengni

6.3.1. Tálmun

Tálmun er atferli lögheimilisforeldris sem fólgið er í því að koma í veg fyrir að barn fái að njóta umgengni við umgengnisforeldrið, t.d. með að halda barni í læstri íbúð þegar á að sækja það, fara á brott með barn af heimili þess eða öðrum stað þar sem átti að sækja barnið, afhenda barnið ekki á þeim stað sem afhendingin átti að eiga sér stað eða valdi því eð öðrum hætti að umgengni náist ekki. Í því felst takmörkun á umgengni en hætta er á að krafa verði gerð um að sú takmörkun þurfi að vera meiri háttar til að hún geti talist vera tálmun. Til þess að tryggja skýrleika ákvæðisins er lagt til, í greinargerð með frumvarpi til laga um breytingu á lögum nr. 80/2002 (refsing við tálmun eða takmörkun á umgengni),⁴⁵ að ákvæðið nái til bæði tálmunar og takmarkana. Í ákvæði 45. gr. brl. er kveðið á um að ef aðili sem barn dvelst hjá neitar þrátt fyrir úrskurð dómara að afhenda barnið eða veita upplýsingar, sem sýslumaður telur óhjákvæmilegar til framgangs gerðinni, getur sýslumaður að kröfu gerðarbeiðanda kveðið upp úrskurð um dagsektir, sbr. 2. mgr. ákvæðisins eða aðfarargerð, sbr. 1. mgr. ákvæðisins, sem eru tvö úrræði sem notuð eru til þess að tækla vandann sem tálmun er.

6.3.2. Úrræði tálmunar

6.3.2.1. Dagsektir

Sýslumaður getur, að kröfu umgengnisforeldris, skyldað lögheimilisforeldrið að láta af tálmunum að viðlögðum dagsektum allt að 30.000 kr. fyrir hvern dag, en aðeins í 100 daga í senn. Um dagsektir til þess að koma á umgengni er fjallað um í 48. gr. brl. en í 1. mgr. segir:

Umgengni við barn samkvæmt úrskurði, dómi, dómsátt foreldra eða samningi þeirra, staðfestum af sýslumanni, verður þvinguð fram með dagsektum tálmi sá sem hefur forsjá barns hinu foreldrinu eða öðrum sem eiga umgengnisrétt við barnið að neyta hans.

Markmið dagsekta er að koma á umgengni skv. lögmaeltri ákvörðun, þ.e. knýja fram efndir. Dagsektir eru ekki refsing né annars konar viðurlög og ef lögheimilisforeldrið lætur af tálmuninni er tilgangi dagsekta náð og er úrskurður um dagsektir þá ekki lengur aðfararhæfur og áfallnar dagsektirnar falla niður. Hins vegar eru þær dagsektir sem greiddar eru óendurkræfar, þótt látið sé af tálmunum síðar.⁴⁶ Með lögum nr. 69/2006 um breytingu á nokkrum lögum á sviði sifjaréttar er í I. kafla fjallað um breytingu á núgildandi barnalögum, með síðari breytingu þar sem í 2. gr. laganna er kveðið á um að 3., 4. málsl. 2. mgr. 48. gr.

⁴⁵ Alþt. Frumvarp til laga um breytingu á barnaverndarlögum, nr. 80/2002 (refsing við tálmun eða takmörkun á umgengni), 146. löggjafarþing 2016-2017. Þingskjal 559 – 426. mál.

⁴⁶ Alþt. Frumvarp til barnalaga, 128. löggjafarþing 2002-2003. Þskj. 818 – 180. mál.

núgildandi barnalaganna verða brottfallin þann 2. júní 2006, er lögin öðluðust gildi, skv. 12. gr. breytingarlaganna. Fellt var út ákvæði þar sem kæra á úrskurði Sýslumanns eða áfrýjun dóms um umgengni frestar ekki réttaráhrifum þeirra og álagning dagsekta félli ekki niður.⁴⁷

6.3.2.2. Fjárnám

Í ákvæði 1. mgr. 49. gr. brl. er kveðið á um að gera má fjárnám fyrir dagsektum skv. gerðarbeiðanda, þ.e. umgengnisforeldris. Kröfunni er beint til Sýslumanns og sér hann um að beina greiðsluáskorun til gerðarþola, þ.e. lögheimilisforeldrisins. Ef gerðarþoli lætur ekki af tálmunum sendir Sýslumaður aðfararbeiðni til héraðsdóms. Þegar héraðsdómari áritar beiðnina ákveður sýslumaður hvar og hvenær fjárnám fari fram og tilkynnir aðilum máls um ákvörðun sína. Um fjárnám gilda ákvæði 10. kafla laga nr. 90/1989 um aðför,⁴⁸ sem fjallar um fjárnám til fullnustu kröfu um dagsektir. Ef látið er tálmun af fellur niður aðfararhæfi.

6.3.2.3. Aðför

Í ákvæði 45. gr. brl. er fjallað um framkvæmd forsjárákvörðunar. Kveðið er á um að ef lögheimilisforeldri neitar að afhenda barnið réttum forsjármanni getur héraðsdómari, að kröfu sá síðarnefnda ákveðið að forsjánni verði komið á með aðfarargerð. Um málsmeðferð fer eftir ákvæðum 13. kafla laga um aðför, en þó skal gæta ákvæða 43. gr. brl., sem kveður á um tjáningarrétt barns.⁴⁹ Ef til aðfarar kemur skal Sýslumaður boða fulltrúa barnaverndarnefndar til að vera viðstaddan gerðina og skal hann gæta hagsmuna barns. Þá getur Sýslumaður leitað liðsinnis lögreglu við gerðina og er lögreglu skylt að verða við slíkum fyrirætlum Sýslumanns. Þeir skulu vera óeinkennisklæddir á meðan gerðinni stendur og framkvæmd aðfarar skal hagað þannig að sem minnst álag verði fyrir barn. Sýslumanni er heimilt að stöðva aðfarargerðina telji hann sérstaka hættu á að barn hljóti skaða af framhaldi hennar.

6.4. Sérfræðiráðgjöf og sáttameðferð

Þegar ágreiningur er um umgengni getur Sýslumaður boðið aðilum máls, þ.e. forsjár-, lögheimilis-, umgengnis- og dagsektarmála, sérfræðiráðgjöf til að aðstoða við að finna lausn og er það nýmæli með lögunum frá 2003, sbr. 1. másl. 1. mgr. 33. gr. brl.⁵⁰ Markmiðið með ráðgjöfinni er að leiðbeina aðilum m.t.t. þess sem er barni fyrir bestu og sá sem veitir ráðgjöf getur rætt sjálfur við barn, telji hann það þjóna hagsmunum barnsins, sbr. 2. og 3. másl. 1. mgr. 33. gr. brl. Barn er ekki aðili að forsjár- og umgengnismáli og er því ekki boðin þessi

⁴⁷ Alþt. Frumvarp til laga um breytingu á barnalögum nr. 76/2003, með síðari breytingum (forsjá og umgengni). 139 löggjafarþing 2011-2012, Þingskjal 1374 – 778. mál.

⁴⁸ Hér eftir „lög um aðför“.

⁴⁹ Alþt. Frumvarp til barnalaga, 128. löggjafarþing 2002-2003. Þskj. 818 – 180. mál.

⁵⁰ Alþt. Frumvarp til barnalaga, 128. löggjafarþing 2002-2003. Þskj. 818 – 180. mál.

sérfræðiráðgjöf, heldur einungis forsjármönnum barnsins, svo aðilar máls eiga að finna lausn á hvað sé best fyrir barnið. Ef til þess kemur að aðilar máls krefjast úrskurðar eða höfða dómsmál um forsjá, lögheimili, umgengni, dagsektir eða aðför er foreldrum skylt að leita sátta, sbr. 1. mgr. 33. gr. a. brl. Þá er í 3. mgr. ákvæðisins kveðið á um að veita skal barni, sem náð hefur nægilegum þroska, kost á að tjá sig við sáttameðferð nema telja megi að slíkt geri haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit málsins. Í báðum tilfellum skal niðurstaðan vera um það sem best er fyrir barn, því annars þjónar hún ekki tilgangi sínum og ef Sýslumaður kannar ekki vilja barns, hvernig getur hann þá vitað hvað sé barni fyrir bestu?

7. Úrskurðir

Barn á rétt til þess að tjá sig í málefnum sínum og er þessum kaflað ætlað að skoða hvort réttinum sé framfylgt með því að reifa úrskurði Sýslumanns og dómstóla þess efnis. Sérstaklega verður litið til hvort kannað var vilja barns og hvort litið var til hans m.t.t. aldurs og nægilegs þroska og hvaða áhrif hann hafði á niðurstöðu máls. Meginþráður barnaréttar er að taka ákvörðun sem er barni fyrir bestu. Mörg sjónarmið þarf að líta til þegar skoðað er hvað er barni fyrir bestu, þ.á.m. tengsl barns við báða foreldra, aldurs barns, stöðugleika í lífi barns, búsetu foreldra og vilja barns að teknu tilliti til aldurs og þroska, sbr. 1. mgr. 47. gr. brl. Eitt af þessum sjónarmiðum getur ekki ráðið úrslitum í máli barns og ber að skoða öll sjónarmið heildstætt. Eitt sjónarmið sem skiptir gríðarlegu máli hjá einu barni, gæti skipt engu máli hjá öðru barni.⁵¹

Í *Hrd. 2003, bls. 2412 (2/2003)* var uppi ágreiningur vegna forsjá 3 ára barns en foreldrar höfðu sameiginlega forsjá yfir barninu. Samið var um að barnið verði hjá umgengnisforeldrinu þangað til lögheimilisforeldrið fengi íbúð sína afhenta. Þegar lögheimilisforeldrið fékk íbúð sína afhenta neitaði umgengnisforeldrið að afhenta barnið. Lögheimilisforeldrið höfðaði forsjármál og krafðist forsjáar yfir barninu. Niðurstaða héraðsdóms, sem byggð var á ítarlegri skýrslu sálfræðings, taldi barninu fyrir bestu að umgengnisforeldrinu yrði falin forsjá yfir því. Hæstiréttur staðfesti niðurstöðu héraðsdóms.

Í *Hrd. 2003, bls. 3610 (146/2003)* deildu aðilar um forsjá 10 og 6 ára barna. Dómkvaddur matsmaður athugaði hæfni og högum beggja foreldra og í matsgerð stóð að eldra barnið vildi ekki gera upp á milli foreldra sinna og að yngra barnið dreymdi um að foreldrarnir myndu taka aftur saman. Talið var börnunum fyrir bestu að fela börnunum fyrir bestu að fela lögheimilisforeldrinu forsjá, þrátt fyrir að eldra barnið tengdist umgengnisforeldrinu meira. Í úrskurði þessum var tjáning barnanna ekki á þann hátt að þau höfðu staðfesta skoðun á því hvar þau vildu búa en hins vegar tjáði eldra barnið að maki umgengnisforeldris hefði brotið á því kynferðislega á heimili umgengnisforeldrisins ásamt því að alvarlegur misbrestur hefur orðið á umgengni barnanna við umgengnisforeldrið.

Í *Hrd. 2003, bls. 3781 (147/2003)* deildu aðilar um forsjá 8 og 6 ára barna. Lögheimilisforeldrið var með bráðabirgðaforsjá yfir börnunum en höfðaði mál og krafðist forsjáar. Dómkvaddur matsmaður taldi börnin voru jafn tengd báðum aðilum, sem voru báðir hæfir. Hins vegar lýsti

⁵¹ Davíð Þór Björgvinsson. (1995). *Barnaréttur*, bls. 194.

matsmaðurinn í niðurstöðum sínum áhyggjum sínum er varðar andlega heilsu umgengnisforeldrisins. Eldra barnið tjáði að það vildi dvelja hjá lögheimilisforeldrinu ásamt því að vera með sterkar tilfinningar til foreldrisins og treysti á það. Barninu fannst það einnig bera meiri ábyrgð gagnvart umgengnisforeldrinu og fannst það erfitt. Yngra barnið tengdist lögheimilisforeldrinu betur og óskaði eftir að dveljast hjá því. Héraðsdómur taldi lögheimilisforeldrið bersýnilega hæfari en umgengnisforeldrið. Bæði börnin voru með sterkari tengsl við lögheimilisforeldrisins og vilji barnanna var að dveljast hjá lögheimilisforeldrinu frekar en umgengnisforeldrinu og taldi Hæstiréttur að börnin höfðu nægilegan þroska til þess að það sé ekki hægt að líta framhjá vilja þeirra. Því var lögheimilisforeldrinu falin forsjá yfir þeim.

Í *Hrd. 2003, bls. 4277 (182/2003)* deildu aðilar um forsjá yfir fjórum börnum að aldri 7, 9, 15 og 16 ára. Aðilar slitu sambúð og flutti eitt foreldrið með börnin og munum við vísa til þess foreldris til lögheimilisforeldris. Lögheimilisforeldrið höfðaði mál og krafðist forsjáar. Dómsformaður og meðdómsmaður héraðsdóms ræddu við börnin í viðtalsherbergi til þess að kanna vilja þeirra. Talið var börnunum fyrir bestu að fela umgengnisforeldrinu forsjá, m.a. vegna tölvunotkunar lögheimilisforeldris. Lögheimilisforeldrið áfrýjaði til Hæstaréttar. Þá höfðu aðilar samið um sameiginlega forsjá yfir tveimur elstu börnunum svo dómsmálið snerist einungis um tvö yngstu börnin. Annar matsmaður var dómkvaddur til þess að framkvæmaa viðbótarmat á högum lögheimilisforeldrisins ásamt því að kanna vilja barnsins. Niðurstöður matsins voru að lögheimilisforeldrið hafði gert miklar breytingar á högum sínum. Vilji eldra barnsins var að dvelja hjá umgengnisforeldrinu því hann átti marga vini í því hverfi ásamt því að lögheimilisforeldrið væri strangari og “alltaf í tölvunni”. Yngra barnið vildi búa hjá báðum foreldrum. Það saknaði hins vegar meira lögheimilisforeldrið þegar hún dvelst hjá umgengnisforeldrinu en var ekki viss um að sakna umgengnisforeldris þegar hún dvelst hjá lögheimilisforeldrinu. Þá taldi matsmaðurinn að meta þurfti hvað væru börnunum fyrir bestu út frá fleiri sjónarmiðum en viljayfirlýsingar þeirra, m.a. að yngra barnið gæti ekki lagt mat á hve mikið lögheimilisforeldrið væri mikið í tölvunni því það færi snemma að sofa. Vegna breyttrar aðstæðna hjá lögheimilisforeldrinu til hins betra taldi dómurinn ekki þörf á því að breyta stöðu barnanna og var því lögheimilisforeldrinu dæmd forsjá.

Í *Hrd. 2003, bls. 3969 (190/2003)* deildu aðilar um forsjá 8 og 5 ára barna. Aðilar skildu og sömdu um sameiginlega forsjá og lögheimili hjá öðru foreldrinu. Lögheimilisforeldrið höfðaði mál og krafðist forsjáar. Matsmenn voru dómkvaddir sem töldu lögheimilisforeldrið vera hæfara þótt umgengnisforeldrið var einnig hæft. Í hæfismatinu var tekið á ýmsum þáttum, m.a.

hvor foreldranna var hæfari að hugsa um tilfinningalegar þarfir barna þeirra og hver hafði sinnt daglegu uppeldi meira og tengsl barnanna við foreldranna. Lögheimilisforeldrið var talið hafa á þeim forsendum. Kannað var vilja eldra barnsins og var talið ljóst að því líkaði við aðstæður eins og þær voru og vildi ekki gera neinar breytingar þar á. Lögheimilisforeldrinu var því dæmd forsjá.

Í *Hrd. 2004, bls. 2471 (31/2004)* deildu aðilar um forsjá þriggja barna sem voru 1, 6 og 9 ára. Börnin bjuggu hjá einu foreldrinu, sem kallað verður lögheimilisforeldri hér eftir, en umgengdust hitt foreldrið reglulega, umgengnisforeldrinu. Matsmaður var dómkvaddur í héraðsdómi til þess að kanna aðstæður hjá báðum aðilum en þau sökuðu hvort annað um ofbeldi, ásamt því að kanna vilja tveggja eldri barnanna. Niðurstaða matsgerðarinnar var að eldra barnið vildi ekki gera upp á milli aðila og vildi vera jafn mikið í návist þeirra. Yngra barnið hafði ekki skoðun á hvort það vildi frekar vera meira í návistum við. Hins vegar taldi matsmaður að börnin vildu frekar vera hjá lögheimilisforeldrinu. Niðurstaða matsmannsins og sérfróðra meðdómsmanna var lögheimilisforeldrinu var falin forsjá yfir börnunum þar sem hún tengdist börnunum betur, ásamt því að börnin hefðu búið hjá því frá samvistarlitum. Umgengnisforeldrið áfrýjaði til Hæstaréttar og lagði fram ný gögn, þ.á.m. álitserð dómkvadds matsmanns sem kannaði vilja barnanna til framtíðarbúsetu. Eldra barnið tjáði að hún vildi engar breytingar gera á fyrirkomulagi sem var þá og yngra barnið vildi staðfastlega búa hjá lögheimilisforeldrinu. Hæstiréttur staðfesti því úrskurð héraðsdóms.

Í *Hrd. 2004, bls. 3936 (165/2004)* deildu aðilar um forsjá 12 ára barns. Við skilnað var lögheimilisforeldrinu falin forsjá. Umgengnisforeldrið leitaði til Sýslumanns og dómstóla til þess að fá forsjá yfir barninu. Barninu fór að líða illa eitt árið og ágreiningur aðila jókst. Umgengnisforeldrið höfðaði enn eitt forsjármálið og krafðist forsjáar. Í héraðsdómi var matsmanni falið að kanna hagi foreldra og vilja barns. Niðurstaða matsmannsins var að báðir foreldrar væru jafnhæfir. Barnið var mjög skýrt og ákveðið og vildi flytja til umgengnisforeldrisins því þau tengdust mikið og að hún hafði fundið fyrir vanlíðan hjá lögheimilisforeldrinu. Héraðsdómur féllst á óskir 12 ára barnsins og var umgengnisforeldrinu dæmd forsjá. Lögheimilisforeldrið áfrýjaði málinu til Hæstaréttar og var matsmaður dómkvaddur eftir að héraðsdómur féll sem var falið að kanna forsendur fyrir vilja hennar. Niðurstaða matsmannsins var að hann taldi að barnið væri mjög staðfest sjálfu sér og staðfesti því Hæstiréttur héraðsdóm, óröskuðum.

Í *Hrd. 2005, bls. 573 (279/2004)* deildu aðilar um forsjá yfir 5 ára barni. Umgengnisforeldrið höfðaði mál og krafðist forsjáar. Foreldrar töldu hvort annað hæft til þess að fara með forsjá

yfir barninu ásamt því að matsmaður taldi báða foreldrana “mjög hæfa” til þess að fara með forsjá barnsins og tengsl þeirra er mjög góð við barnið. Barnið hafði hins vegar verið lengur í umsjá lögheimilisforeldris þótt umgengnisforeldri hafði einnig annast barnið á meðan á sambúð þeirra stóð. Dómurinn taldi hins vegar mikilvægast að ró skapist um barnið og að fái að upplifa stöðugleika því barnið hefur upplifað mikið umrót og erfiðleika í samskiptum aðila. Það virtist sem öryggi og stöðugleiki hefur ríkt í lífi barnsins á meðan það hefur búið hjá lögheimilisforeldrinu og er það því niðurstaða dómsins að það verði barninu ekki til góðs að raska því umhverfi og aðstæðum og því hélt lögheimilisforeldrið forsjá yfir barninu.

Í niðurlagi dómsins stendur hins vegar “Þegar litið er til ungs aldurs barnsins [...] er það niðurstaða dómsins að hagsmunum [barnsins] er betur borgið fái móðir forsjá.”. Höfundur finnst það athugasemjulegt því það ætti ekki að skipta máli hver aldur barnsins er eða hvort foreldrið sé móðir eða faðir sem fái forsjá, heldur sá aðili sem er hæfari, m.t.t. allra sjónarmiða sem hafa verið rakin hér að ofan, m.a. tengsl, systkini, vinátta, stöðugleiki o.fl. Af hverju ætti ungu barni að vera betur borgið hjá móður frekar en föður ef þau eru jafn hæf? Að mati höfundar ætti það ekki að skipta neinu máli hvort foreldrið sé móðir eða faðir og skv. orðalagi niðurlags dómsins túlkar höfundur það skipta máli.

Í *Hrd. 2005, bls. 498 (355/2004)* deildu aðilar um forsjá 3 ára barns. Lögheimilisforeldrið flutti erlendis eftir samvistarslit og sakaði umgengnisforeldrið hafa beitt sig ofbeldi. Lögheimilisforeldrið sneri til landsins er barnið var 6 mánaða gamalt og tóku aðilar máls aftur saman. Umgengnisforeldrið sleit samvistum eftir að upp komst um framhjáhald lögheimilisforeldris og dvaldist barnið hjá umgengnisforeldrinu sem höfðaði mál og krafðist forsjáar. Báðir aðilar töldust hæfir en aðstæður aðila voru gjörólíkar, m.a. vegna lögheimilisforeldrið átti erfitt með að fá atvinnu. Umgengnisforeldrinu var því falin forsjá barnsins á þeim forsendum að það fæli í sér meiri stöðugleika í lífi barnsins og afkoma og framtíðaráform hans væru öruggari.

Í *Hrd. 2005, bls. 2075 (497/2004)* deildu aðilar um forsjá þriggja barna sem eru 11, 7 og 4 ára gömul. Ekki var ágreiningur um forsjá elsta og yngsta barnsins svo dómurinn tekur á ágreiningu miðju barnsins. Lögheimilisforeldrið höfðaði mál á hendur umgengnisforeldrinu sem neitaði að afhenta barnið er lögheimilisforeldrið fékk úthlutaða íbúð en barnið hafði dvalist hjá umgengnisforeldrinu á meðan. Dómari og sálfræðingur könnuðu vilja barnsins. Matsmaður sem var dómkvaddur var falið að kanna hæfi foreldranna. Niðurstaða matsmannsins var að umgengnisforeldrið var hæfara til að veita barninu það sem það þurfti, m.t.t. misþroska þess. Barnið vildi hins vegar búa hjá lögheimilisforeldrinu með því skilyrði að systkini hans byggju

ekki þar. Barnið var ekki skýrt og flakkaði á milli ákvarðana en nefndi ekkert um að vilja ekki búa hjá umgengnisforeldrinu en hafði auga stað á að í framtíðinni myndi hann búa hjá umgengnisforeldrinu. Þá fjallaði matsmaður um að það mætti ekki láta vilja barnsins hafa mikil áhrif á niðurstöðu málsins vegna misþroska hans og óskýrleika. Barnið hafði betri tengsl við lögheimilisforeldrisins en með tilliti til stöðugleika sem barnið þarfnast og tengsl við eldra systkini sitt var talið það barninu fyrir bestu að búa hjá umgengnisforeldrinu. Flutningur til lögheimilisforeldrisins væru skammtíma lausn en ekki lausn til langstíma. Sérfróðir meðdómsmenn töldu að málið þyrfti að metast út frá öllum sjónarmiðum og töldu það honum fyrir bestu að umgengnisforeldrið færi með forsjá yfir barninu.

Í *Hrd. 2005, bls. 2382 (498/2004)* deildu aðilar um forsjá 4 ára barni. Aðilar gerðu skriflegan samning sín á milli um sameiginlega forsjá á meðan meðgöngunni stóð. Barnið fæddist og átti umgengnisforeldrið erfitt með að rækja umgengni við barnið vegna aðstæðna lögheimilisforeldrisins. Aðstæður breyttust hjá lögheimilisforeldrinu og náði umgengnisforeldrið að rækja umgengni við barn sitt meira en ágreiningur kom upp á milli aðila og höfðaði umgengnisforeldrið mál og krafðist forsjáar. Matsmaður var dómkvaddur í héraðsdómi og niðurstaða hans var að hvorugt foreldrið væri góður uppalandi fyrir barnið en ef litið væri til framtíðarinnar væri betra fyrir barnið að dveljast hjá umgengnisforeldrinu. Lögheimilisforeldrið óskaði eftir yfirmati. Matsmenn töldu báða aðila hæfa en töldu betra að umgengnisforeldrinu yrði falin forsjá. Hæstiréttur féllst hins vegar ekki á álit þeirra og fólu lögheimilisforeldrinu forsjá á þeim forsendum að barnið bjó nú þegar við ágætar aðstæður, dafnaði eðlilega og var því tengt.

Í *Hrd. 2006, bls. 2964 (548/2005)* deildu aðilar um forsjá 12 og 7 ára barna. Aðilar sömdu um sameiginlega forsjá og lögheimili hjá öðru foreldrinu. Umgengnisforeldrið taldi umgengnisrétt ekki virtan sem skyldi og höfðaði forsjármál og krafðist forsjáar. Í héraðsdómi var matsmaður dómkvaddur sem var falið að meta hæfi og kanna vilja barnanna. Niðurstaða matsmannsins var að báðir foreldrar voru hæfir og börnin vildu ekki gera upp á milli foreldra sinna. Þó mátti rýna í svör yngra barnsins að það vildi fremur búa hjá umgengnisforeldrinu og tengdist því betur á meðan það var stirrt á milli barnsins og stjúpsystkinis þess á vegum lögheimilisforeldrinu ásamt því að barnið vildi ekki missa vini sína í hverfinu og að það hafði ekki myndað tengsl við fjölskyldu umgengnisforeldris. Eldra barnið var tengt báðum foreldrum en fannst meira jafnvægi hjá lögheimilisforeldrinu. Þá tengdist barnið við maka og stjúpbörn lögheimilisforeldrisins en barnið vildi ekki gera upp á milli foreldra sinna. Bæði börnin vildu ekki skipta um skóla. Niðurstaða héraðsdóms var því að fela umgengnisforeldrinu forsjá yfir

yngra barninu en lögheimilisforeldrið fær forsjá yfir eldra barninu. Hér var vilji barnanna með þyngra vægi en að hafa systkinin á sama heimili.

Í *Hrd. 2006, bls. 3605 (101/2006)* deildu aðilar um forsjá 3 ára barns. Aðilar máls sömdu um sameiginlega forsjá með lögheimili hjá öðru foreldrinu. Barnið var í viku á hvorum staðnum fyrir sig og síðar 2 vikur fyrir sig. Vegna flutninga var lengra á milli foreldranna og höfðaði því eitt foreldrið mál um forsjá, sem hér eftir verður kallað umgengnisforeldri. Báðir aðilar voru hæfir, skv. dómskvöddum matsmanni héraðsdóms, og jafn tengdir barninu. Umgengnisforeldri átti börn úr fyrra sambandi og hafði barnið búið með hálf systkinum sínum frá fæðingu og taldist betra að barnið héldi tengslum við hálf systkini sín og búa með þeim og því var umgengnisforeldrinu falin forsjá. Vegna ungs aldurs kom vilji barns ekki til skoðunar í málinu.

Í *Hrd. 1. mars 2007 (435/2006)* deildu aðilar um forsjá 10 og 14 ára barns. Eitt foreldrið, umgengnisforeldrið, kvaðst hafa flúið af heimilinu vegna ofbeldis og hitt foreldrið, lögheimilisforeldrið, tók því börnin með valdi. Lögheimilisforeldrið höfðaði mál og krafðist forsjá yfir börnunum sem og hann fékk. Umgengnisforeldrið höfðaði mál og krafðist forsjáar. Í niðurstöðu matsgerð matsmanns var umgengnisforeldri hæf en lögheimilisforeldrið tók ekki fullan þátt svo ekki var hægt að meta hann til fulls. Vilji barns var skoðaður og tjáði eldra barnið skýrt og ákveðið að það vildi búa hjá umgengnisforeldrinu. Ynggra barnið vildi búa hjá báðum foreldrum. Talið var best fyrir börnin að búa hjá umgengnisforeldrinu, sérstaklega vegna tortryggni og framkomu lögheimilisforeldrisins við börnin ásamt því að síðarnefnda foreldrið skorti skilning á þörfum eldra barnsins. Því var umgengnisforeldrinu dæmd forsjá.

Í *Hrd. 15. nóvember 2007 (114/2007)* deildu aðilar um forsjá yfir 4 ára barni. Við skilnað var einu foreldrinu falið forsjá en lögheimili barnsins væri hjá hinu foreldrinu og að barnið dvaldi í viku í senn hjá báðum aðilum. Ágreiningur varð á milli aðila og höfðaði lögheimilisforeldri mál og krafðist forsjáar. Í héraðsdómi var dómkvaddur matsmaður sem komst að þeirri niðurstöðu að tengsl væru sterkari við umgengnisforeldrið og að foreldrar væru jafn hæfir. Umgengnisforeldrinu var dæmd forsjá á þeim forsendum að foreldrið væri næmari fyrir þörfum drengsins. Vilji barnsins hafði ekki áhrif á úrslit málsins.

Í *Hrd. 23. apríl 2008 (431/2007)* deildu aðilar um forsjá 8 og 10 ára barna. Aðilar sömdu um sameiginlega forsjá og umgengni jafna, þar sem aðilar áttu heimili í sama hverfi, ásamt því að lögheimili væri hjá öðru foreldrinu. Lögheimilisforeldrið flutti í annað hverfi og í kjölfarið hætti umgengni að vera jöfn og hallaði á umgengni umgengnisforeldrisins. Dómkvaddur matsmaður

tali báða aðila hæfa. Lögheimilisforeldrinu var dæmd forsjá á þeim grundvelli að það væri mesti stöðugleikinn að halda í gamla farið þar sem börnin höfðu aðlagast þáverandi aðstæðum sínum.

Í *Hrd. 12. júní 2008 (608/2007)* deildu aðilar um forsjá 7 ára barns. Við sambúðarslit sættust þau á um að forsjá yrði falin öðru foreldrinu og umgengni aðra hvora helgi. Barnið hafði þó dvalið meira hjá umgengnisforeldrinu og jafnvel meira en hjá lögheimilisforeldrinu á tímabili. Barnið fór að finna fyrir vanlíðan hjá lögheimilisforeldrinu og óskaði umgengnisforeldri eftir því að barnið skipti um skóla en ekki féllst hið fyrrnefnda foreldra á það. Krafist var yfirmats og niðurstaða matsins var að barnið var háð umgengnisforeldrinu og mjög tengd því tilfinningalega. Barnið lýsti yfir vilja sínum, á ákveðnum og skýrum hætti, að það vilji búa hjá umgengnisforeldrinu og maka hans. Héraðsdómur taldi það minnstu röskun fyrir barnið að halda lögheimili hjá lögheimilisforeldrinu. Matsmenn töldu hins vegar umgengnisforeldrið hæfara. Því var umgengnisforeldrinu falið forsjá barnsins. Í Hæstarétti var yfirfarið matgerðar matmanns sem var dómkvaddur eftir að héraðsdómur féll til að meta vilja barnsins aftur. Niðurstaða matmannsins var að vilji barnsins var skýr en að barnið áttaði sig ekki á afleiðingum vilja sínum, þ.e. að vilja að búa hjá umgengnisforeldrinu. Litið var til vilja hennar og staðfesti Hæstiréttur héraðsdóm, óröskuðum.

Í *Hrd. 30. október 2008 (140/2008)* deildu aðilar um forsjá 7 og 10 ára barna. Aðilar var með sameiginlega forsjá og áttu börnin lögheimili á sitthvorum staðnum. Börnin dvöldu í viku í senn hjá hvoru foreldrinu og hófu skólagöngu í sitthvorum skólanum. Eitt foreldrið huggðist flytja út á land og í kjölfarið brast forsendan á fyrirkomulagi þeirra og höfðaði foreldrið, lögheimilisforeldrið, því mál og krafðist forsjáar. Í héraðsdómi var matsmaður dómkvaddur sem var falið að kanna vilja barnanna og hæfi foreldranna. Foreldrar töldust hæfir. Eldra barnið var tengdari lögheimilisforeldrinu en yngra barnið var jafn tengt báðum foreldrum. Þá var vilji eldra barnsins skýr og vildi búa hjá lögheimilisforeldrinu en niðurstaða matmannsins var að börnin þurftu að vera meira hjá lögheimilisforeldrinu og ekki var möguleiki að börnin byggju á sitthvorum staðnum. Niðurstaða héraðsdóms var því að lögheimilisforeldrið fengi forsjá yfir börnunum með vísan til afstöðu eldri barnsins, tengsla barnanna við það og tengsla við þá aðila tengda lögheimilisforeldrinu. Umgengnisforeldrið áfrýjaði til Hæstaréttar sem staðfesti héraðsdóm óröskuðum.

Ofangreindir dómar varpa ljósi á að þegar um er að ræða börn, 5 ára og yngri, er ekki tekið mið af vilja þeirra. Þau skilja ekki hvað felst í skilnaði/samvistarlitum foreldra sinna eða afleiðingar ákvarðanna sinna. Í flestum málunum var einhvers konar sérfræðingur dómkvaddur, þ.e. sérfræðingur eða sálfræðingur sem voru falin að kanna vilja barna og hæfi foreldra. Í dómi *Hrd.*

23. apríl 2008 (431/2007) var hins vegar ekki fjallað um vilja 8 og 10 ára barnanna eða hvort vilja þeirra var leitað. Það stangast á við dómaframkvæmd því börnin voru ekki 5 ára eða yngri. Þá hefur vilji barna, sem eru 10 ára og eldri, mikil áhrif á úrslit málsins, sbr. *Hrd. 2004, bls. 3936 (165/2004)*, *Hrd. 30. október 2008 (149/2008)* og *Hrd. 1. mars. 2007, bls. 435/2006*.

Í flestum af ofangreindum dómum var að finna greinargóða lýsingu á vilja barnanna en í dómi *Hrd. 2003, bls. 4277 (182/2003)* könnuðu héraðsdómarar vilja barnanna en ekkert var fjallað meira um það, þó svo að Hæstiréttur kannaði vilja þeirra sem var þýðingarlaus fyrir úrslit málsins.

8. Hvar er Ísland stutt miðað við nágranna ríki okkar

Þegar íslensk lög eru gagnrýnd er oft litið til norræns réttar til þess að bera okkur saman við og hefur íslensk löggjöf mótast í samræmi eða með norræna löggjöf til hliðsjónar. Barnaréttur er ekki undantekning frá því. Það sem kristallast í norrænni barnalöggjöf er það að hagsmunir barna skulu ávalt hafðir að leiðarljósi. Þá er réttur barns virtur sem sjálfstæður einstaklingur og því eldra sem barn er með meiri þroska fær barnið aukinn ákvörðunarrétt.⁵² Í 43. gr. brl. er kveðið á um að veita skuli barni, sem náð hefur nægilegum þroska, kost á að tjá sig um mál nema telja megj að slíkt geti haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit málsins. Höfundur ætlar að reifa tjáningarrétt barna í þeim nágrannaríkjum sem Ísland ber sig að öllu jafna við og hægt er að finna sambærileg ákvæði í löggjöf Noregs, Svíþjóðar og Danmarkar.

8.1. Noregur

Í ákvæði 31. gr. laga um börn og foreldra, Lov om barn og foreldre, nr. 7/1981 er kveðið á um rétt barns til að tjá sig áður en tekin er ákvörðun um málefni þess. Í 1. mgr. ákvæðisins er almennur tjáningarréttur barnsins reifaður, þ.e. að barn má tjá sig í öllum málefnum, m.t.t. þroska þess. Í 2. mgr. ákvæðisins er kveðið á um rétt barnsins til þess að tjá sig um hjá hvoru foreldrinu það vill eiga lögheimili en barn þarf að hafa náð 7 ára aldri. En sá réttur eykst með aldrinum og nær hámarki er barnið hefur náð 12. ára aldri. Þá er í ákvæði 61. gr. laganna kveðið á um meðferð barnaréttarmála. Í ákvæði 1. tölul. 61. gr. er kveðið á um að dómari hefur heimild til þess að tilnefna aðila þess efnis að kanna viðhorf barnsins, með því skilyrði að foreldrarnir séu samþykktir því. Í ákvæði 4. tölul. 61. gr. er kveðið á um heimild dómara til þess að ræða sjálfur við barn það sem málefni þess er til meðferðar, sbr. 31. gr. laganna. Þá er í ákvæðis 5. tölul. 61. gr. kveðið á um heimild dómara til þess að skipa lögmann, fulltrúa, talsmann til þess að gæta hagsmuna barnsins. Sá aðili sem verður skipaður hefur það hlutverk að ræða við barnið, komast að því hver vilji barnsins er og upplýsa um vilja barnsins.

8.2. Svíþjóð

Í sænsku lögunum um foreldra, Föräldrabalken nr. 381/1949 er fjallað um tjáningarrétt barns. Í ákvæði 2. gr. a-liðar laganna er kveðið á um að ávallt skal hafa að leiðarljósi það sem er barni fyrir bestu þegar ákvörðun er tekin um forsjá, umgengni og hvar barn skal hafa lögheimili. Í sama ákvæði er upptalning á þeim atriðum sem eru barni fyrir bestu og þá er í niðurlagi

⁵² Svend Danielsen, *Nordisk Børneret II*, bls. 40.

ákvæðisins kveðið á um að taka skal mið af vilja barnsins við töku ákvörðunar m.t.t. þroska þess og aldurs. Í ákvæði 11. gr. laganna er fjallað um sjónarmið barnsins, en þar er kveðið á um að forráðamaður barns skal taka óskir og sjónarmið barns inn í reikninginn þegar teknar eru ákvarðanir um málefni barnsins, í samræmi við aldur og þroska þess. Þá er í ákvæði 1. gr. laganna kveðið á um málsmeðferð barnaréttar fyrir dómstólum og þá meginreglu sem fjallar um að hafa hagsmuni barnsins að leiðarljósi og að taka skal mið af vilja barnsins, m.t.t. aldri þess og þroska.

8.3. Danmörk

Í ákvæði 1. mgr. 34. gr. dönsku laganna um forsjá foreldra, forældreansvarsloven nr. 499/2007, er kveðið á um skyldu til þess að kanna viðhorf barns áður en ákvörðun er tekin um málefni þess er varða forsjá- og umgengni og taka skal tillit til sjónarmiða þeirra m.t.t. aldur þess og þroska. Ef slíkt getur haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit máls skal ekki ræða við barn, sbr. 2. mgr. 34. gr. laganna. Í ákvæði 5. gr. sömu laga er kveðið á um að taka skal tillit til sjónarmið barnsins í öllum málum barna. Sambærilegt ákvæði er að finna í 3. mgr. 1. gr. brl. Ekki er kveðið á um sérstök aldurstakmörk eins og í norsku lögunum og gömlu íslensku lögunum.

9. Grundvallarreglur stjórnarskrár og barnasáttmálans

Þær tvær grundvallarreglur sem höfundur vill varpa ljósi á er varðar málefni ritgerðar þessarar er annars vegar jafnræðisreglan og hins vegar jafnréttisreglan.

9.1. Jafnræðisregla

Jafnræðisreglan gætir samræmis og jafnvægis þegar stjórnvöld taka ákvörðun. Hún er lögfest í 1. mgr. 65. gr. stjkskr., sbr. 3. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995 og kveður á um að:

Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ættneris og stöðu að öðru leyti.

Hún er einnig almenn leiðbeiningarregla um bann við mismunun sem mikilvægt er að líta til annars vegar við lagasetningu og hins vegar þegar lögskýringu er beitt.⁵³ Þá er í ákvæði 3. mgr. 76. gr. stjkskr. ítrekað að börnum skal vera tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst, sbr. 14. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995. Jafnræðisregla stjórnarskrárinnar á við um alla, þ.á.m. börn, og er almenn. Jafnræðisregla 2. gr. Barnasáttmálans á einungis við um börn, og kveður 1. mgr. ákvæðisins á um að:

Aðildarríki skulu virða og tryggja hverju barni innan lögsögu sinnar þau réttindi sem kveðið er á um í samningi þessum, án mismununar af nokkru tagi, án tillits til kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, uppruna með tilliti til þjóðernis, þjóðháttar eða félagslegrar stöðu, eigna, fötlunar, ættneris eða annarra aðstæðna þess eða foreldris þess eða lögráðamanns.⁵⁴

Ákvæði 1. mgr. ákvæðisins fjallar um að tryggja barni þau réttindi sem Barnasáttmálinn tryggir í aðildarríki sem það tilheyrir og mismuna ekki þeim rétti með ójafnræði því sem er upptalið í ákvæðinu. Í 2. mgr. ákvæðisins er þá ítrekað að aðildarríki skulu tryggja að barni verði ekki mismunað og er uppsett svona:

Aðildarríki skulu gera allar viðeigandi ráðstafanir til að sjá um að barni sé ekki mismunað eða refsað vegna stöðu eða athafna foreldra þess, lögráðamanna eða fjölskyldumeðlima, eða sjónarmiða sem þeir láta í ljós eða skoðana þeirra.⁵⁵

⁵³ Þórhildur Línadal. (2007), *Barnasáttmálinn: Rit um samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi*, bls. 12.

⁵⁴ Þórhildur Línadal. (2007), *Barnasáttmálinn: Rit um samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi*, bls. 11.

⁵⁵ Þórhildur Línadal. (2007), *Barnasáttmálinn: Rit um samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi*, bls. 11.

Barnasáttmálinn tryggir þau grundvallarréttindi að barn sé sjálfstæður einstaklingur eins og reifað er í kafla 5 og breytti í kjölfarið því viðhorfi að barn sé “eign” foreldra sinna.⁵⁶ Börnum sem hafa ekki tækifæri til þess að eiga samveru við annað foreldri eða bæði, er verið að brjóta á barni er varðar uppruna þess. Ekki hefur verið vitnað beint í Barnasáttmálann í dómaframkvæmd Hæstaréttar en það hefur verið gert óbeint með þeim rökstuðningi að litið var til Barnasáttmálans þegar núgildandi barnalögin voru í smíð. Hins vegar ber dómstólum á Íslandi að hafa úrlausnir Mannréttindadómstóls Evrópu⁵⁷ til hliðsjónar við úrlausnir sambærilegra mála.⁵⁸ MDE segir að skýra eigi Barnasáttmálann í samræmi við viðurkennd sjónarmið og aðstæður í samtímanum.⁵⁹

Líkt og í jafnræðisákvæði Íslendinga er einungis almennt ákvæði sem kveður á um jafnræði í MSE en í 14. gr er kveðið á um:

Réttindi þau og frelsi, sem lýst er í samningi þessum, skulu tryggð án nokkurs manngreinarálits, svo sem vegna kynferðis, kynáttar, litarháttar, tungu, trúarbragða, stjórn mála eða annarra skoðana, þjóðernis eða þjóðfélagsstöðu, tengsla við þjóðernisminnihluta, eigna, uppruna eða annarrar stöðu.

⁵⁶ Þórhildur Línal. (2011), *Barnasáttmálinn: að mörgu að hyggja*, bls. 94.

⁵⁷ Hér eftir „MDE“.

⁵⁸ Þórhildur Línal. (2011) *Barnasáttmálinn: að mörgu að hyggja*, bls. 97.

⁵⁹ Davíð Þór Björgvinsson. (2008). *Lögskýringar*, bls. 299

10. Lokaorð

Eins og kemur fram í inngangi ritgerðarinnar var leitast eftir að svara spurningunni hvort vilji barns hefur áhrif á úrslit máls, í hvaða tilvikum og á hvaða forsendum. Barn þarf að eiga kost á að tjá sig um vilja sinn og hefur það rétt til þess skv. 1. mgr. 43. gr. brl.

Leitast hefur verið eftir að varpa ljósi á vilja barns samkvæmt íslenskum rétti. Rýnt var í þróun íslensk barnaréttar og réttarstöðu barnsins. Helsta breytingin sem gerð hefur verið á íslenski löggjöf er m.a. lögfesting sammings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins og lög nr. 61/2012 um breytingu á barnalögunum nr. 76/2003. Vilja barnsins skal ávallt virða ásamt þeim öðrum sjónarmiðum þegar tekin er ákvörðun um málefni barna. Vilji barnsins gefur því hins vegar ekki sjálfsákvörðunarrétt en vilji barns hefur meiri áhrif eftir aldri barns og þroska þess. Hins vegar eru tvær undantekningar á því að kanna vilja barns, þ.e. að það getur haft skaðleg áhrif á barnið eða að það sé þýðingarlaust fyrir úrslit máls. Þegar barn vill ekki umgengni við umgengnisforeldrið sýnir dómaframkvæmd fram á að það sé úrskurðað um umgengni án þess að kveða nánar um inntak hennar. Það á oftast við þegar um eldri og stálpuð börn er að ræða frekar en yngri börn. Höfundur telur að það sé vegna þess að barnið og umgengnisforeldrið geta mælt sér mót sameiginlega þegar þeim hentar og ákveðið umgengnina saman. Þá eru engin úrræði fyrir barn þegar á stendur að barn vill umgengni en foreldri ekki, því ekki er líklegt að það sé barni fyrir bestu að vera í umsjá foreldris sem vill ekki umgangast barnið.

Dómar varpa ljósi á að þegar um er að ræða börn, 5 ára og yngri, er ekki tekið mark á vilja þeirra, enda er þroski þeirra ekki það mikill að þau geta gert sér grein fyrir stöðu mála, orsök og afleiðingar. Hins vegar hefur vilji barna sem eru 10 ára og eldri mikil áhrif á úrslit málsins, sbr. *Hrd.* 2004, bls. 3936 (165/2004), *Hrd.* 30. október 2008 (149/2008) og *Hrd.* 1. mars. 2007, bls. 435/2006. Þá er gott að hafa hugfast að börnum er stundum sagt hvað þau eiga að segja og því er dómkvaddur matsmaður eða sérfræðingur á þessu sviði falið að kanna vilja þeirra og á hvaða forsendum sá vilji er. Að lokum skal hafa í huga að tjáningarréttur barns er valkostur þess og á barn að hafa kost á því að tjá sig, en ekki þvingað til tjáningar.

11. Heimildaskrá (prentaðar og rafrænar heimildir)

Alþingistíðindi

Björg Thorarensen. *Stjórnskipunarréttur*, Bókaútgáfan Codex, Reykjavík: 2008

Dag Hallen, Oddbjorn Evershaug. *Barn á þroskabraut*, Reykjavík: 1993

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

Davíð Þór Björgvinsson. *Lögskýringar*, Reykjavík: 2008

Guðmundur Eiríksson: *Tilurð Barnasáttmálans, vægi hans og hlutverk, Barnaheill*, 1. tbl. 1993

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

Nolen Hoeksema, S., Fredrickson, B. L., Loftus, G. R. og Wagenaar, W. A. *Atkinson & Hilgard's Introduction to Psychology*. United Kingdom: Cengage Learning EMEA 2009

Nolen, Fredrickson, B.L., Loftus, G.R. og Wagenaar. *Atkinson&Hilgard's Introduction to Psychology*. 2009

Ragnheiður Thorlacius. *Friðhelgi einkalífs*, Reykjavík: 2003

Sigríður Ingvarsdóttir. *Gagnaöflun í forsjármálum*, Háskólaútgáfan, Reykjavík: 1996

Svend Danielsen, *Nordisk Børneret II*

Þórhildur Líndal. *Barnasáttmálinn: að mörgu að hyggja*, UNICEF, Reykjavík: 2011

Þórhildur Líndal: *Barnasáttmálinn: Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi*, UNICEF, Reykjavík: 2007

Vefsíður

www.barnasattmali.is Sótt af: <http://www.barnasattmali.is/barnasattmalinn/umbarnasattmalann.html>

Sótt af http://www.foreldrajafnretti.is/wp-content/uploads/DOM_20100204_Drog_ad_frumvarpi_medlag.pdf

Sýslumenn.is. Sótt af: <https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/umgengni/>

Önnur skýrsla Íslands um framkvæmd samnings á vegum Sameinuðu þjóðanna frá 20. nóvember 1989 um réttindi barnsins. Sótt af: http://domsmalaraduneyti.is/utgefingefni/til_nefnda/nr/54

12. Dómaskrá

Hérd. Rvk. 17. október 2007 (E-1123/2007)

Hérd. Rvk. 15. júlí 2008 (E-7818/2006)

Eystri Landsréttar frá 16. október 1987

Hrd. 9. desember 2008 (632/2008)

Hrd. 30. október 2008 (140/2008)

Hrd. 21. ágúst 2009 (383/2009)

Hrd. 3. desember 2009 (303/2009)

Hrd. 2005, bls. 84 (493/2004)

Hrd. 2003, bls. 2412 (2/2003)

Hrd. 2003, bls. 3610 (146/2003)

Hrd. 2003, bls. 3781 (147/2003)

Hrd. 2003, bls. 4277 (182/2003)

Hrd. 2003, bls. 3969 (190/2003)

Hrd. 2004, bls. 2471 (31/2004)

Hrd. 2004, bls. 3936 (165/2004)

Hrd. 2005, bls. 573 (279/2004)

Hrd. 2005, bls. 498 (355/2004)

Hrd. 2005, bls. 2075 (497/2004)

Hrd. 2005, bls. 2382 (498/2004)

Hrd. 2006, bls. 2964 (548/2005)

Hrd. 2006, bls. 3605 (101/2006)

Hrd. 1. mars 2007 (435/2006)

Hrd. 15. nóvember 2007 (114/2007)

Hrd. 23. apríl 2008 (431/2007)

Hrd. 12. júní 2008 (608/2007)

Hrd. 30. október 2008 (140/2008)

13. Lagaskrá

Samningur Sameinuðu Þjóðanna um réttindi barnsins nr. 19/2013

Lög um almannatryggingar nr. 100/2007

Barnalög nr. 76/2003

Barnaverndarlög nr. 80/2002

Lög um ættleiðingu nr. 130/1999

Lög um skráð trúfélög nr. 108/1999

Lög um réttindi sjúklinga nr. 74/1997

Lögræðislög nr. 71/1997

Lög um mannanöfn nr. 45/1996

Barnalög nr. 20/1992

Laga um lögheimili nr. 21/1990

Lög um aðför nr. 90/1989

Barnalög nr. 9/1981

Lög um stofnun og slit hjúskapar nr. 60/1972

Lög um innheimtustofnun sveitarfélaga nr. 54/1971

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Mannréttindasáttmáli Evrópu

Erlend lög

Lov om barn og foreldre, nr. 7/1981

forældreansvarsloven nr. 499/2007

Föräldrabalken nr. 381/1949

14. Hugtaka- og efnisorðalisti

Barn, forsjá, umgengni, vilji barns, tjáningarréttur barns, nægilegur þroski, þýðingarlaust fyrir úrslit máls.



