



## **ML í lögfræði**

Getur það verið hagfelld fyrir barn að vera sjálfstæður aðili að málum er hafa veruleg áhrif á daglegt líf þess?

**Desember, 2020**

**Nafn nemanda:** Tinna Sif Guðmundsdóttir

**Kennitala:** 160593 – 2379

**Leiðbeinandi:** Guðríður Bolladóttir

## Útdráttur

Markmið ritgerðarinnar er að svara grundvallarspurningum er varða aðild og aðkomu barna að málum sem hafa veruleg áhrif á daglegt líf þeirra. Með undirritun og fullgildingu barnasáttmálans urðu töluverðar jákvæðar breytingar á barnalöggjöfinni hérlendis og afstaða barna til mála er snúa að þeim hefur hlotið töluvert meira vægi. Í kjölfar þriðju valfrjálsu bókunarinnar hefur börnum, í þeim löndum er hafa undirritað bókunina, verið veitt leið til að leita réttar síns hjá barnaréttarnefndinni.

Undanfarin ár hafa orðið gríðarlegar breytingar á lagaumhverfi barna. Börn hafa fengið aukinn rétt til þess að tjá sig í þeim málum er þau varða og tekið er tillit til skoðana barna í meira mæli en áður var. Með ritgerðinni er leitast við að svara því hvort það geti þjónað hagsmunum barna að fá sjálfstæða aðild í málum er hafa veruleg áhrif á daglegt líf þeirra, þá t.d. í forsjár-, lögheimilis-, umgengnis- og dagsektarmálum. Til þess að svara þeirri spurningu verður farið yfir sögulega þróun barnalöggjafarinnar á Íslandi, þær breytingar sem urðu á barnalöggjöfinni í kjölfar barnasáttmálans, þriðju valfrjálsu bókunina og kosti hennar og gagnrýni. Ítarlega er farið yfir 12. gr. barnasáttmálans og hversu mikið vægi vilji barna hefur raunverulega í málum er þau varða, bæði á stjórnslu- sem og á dómstigum. Auk þess er farið ítarlega yfir hvort að aðild barna í einstaka málum, bæði hérlendis og erlendis, þjóni hagsmunum þeirra. Að lokum er staða barna hérlendis borin saman við stöðu barna annarsstaðar í heiminum.

## **Abstract**

The aim of the thesis is to address the fundamental issues of the legal standing of children in cases which considerably affect their daily lives. The signing and the ratification of the UN CRC has led to a positive legal development and the views of children have been given more weight. Following the third optional protocol, children have been given access to a UN complaints mechanism, in countries which have ratified the protocol.

Recent years have seen enormous changes in the legislation concerning children. Children's right to express their views has been strengthened and their views are given more weight. The thesis aims to address the issue of whether children should be given standing in cases which concern their custody, domicile, access, or enforcement measures related to those issues. To that purpose, the historical development of the legislation concerning children is examined and the changes related to the UN CRC, as well as the third optional protocol, and different views on its importance and effectiveness. Article 12 of the UN CRC is covered extensively, and the weight afforded to the views of children in administrative and judicial proceedings. The thesis examines whether legal standing of children, domestically and abroad, serves their best interests. Finally, there is a comparison between several countries on the position of children.

## **Formáli**

Frá því að ég hóf laganámið hef ég haft mikinn áhuga á réttindum barna. Ég skrifaði BA ritgerðina mína á því réttarsviði og fór einnig í starfsnám hjá umboðsmanni barna í meistaranáminu sem ýtti enn frekar undir áhuga minn á réttarsviðinu. Hjá umboðsmanni barna fékk ég að leysa hin ýmsu verkefni er snúa að réttindum barna og ég kynntist réttarsviðinu enn betur. Þegar kom að skrifum meistararitgerðar ákvað ég að hafa samband við Guðríði Bolladóttur, en hún sá um starfsnámið mitt hjá umboðsmanni barna og bað hana um að leiðbeina mér í ritgerðinni, sem hún var til í og er ég henni ótrúlega þakklát fyrir samstarfið.

Ritgerðina langar mig að tileinka eldri dóttur minni, Caritas Rós, en hún bæði greindist með og sigraðist á krabbameini á meðan á laganáminu mínu stóð. Þá vil ég einnig þakka Daða Frey Davíðssyni sambýlismanni mínum, Þóru Huld yngri dóttur minni, foreldrum mínum, tengdforeldrum og Urði Mist Þórhildardóttur fyrir ómetanlegan stuðning, hvatningu og aðstoð á meðan á laganáminu stóð.

## Efnisyfirlit

Dóma- og úrskurðaskrá.....	VI
Lagaskrá.....	VIII
1. Inngangur .....	1
2. Barnasáttmálinn .....	2
2.1. Söguleg þróun barnasáttmálans .....	5
2.2. Grundvallarreglur barnasáttmálans .....	9
2.2.1. 2. gr. barnasáttmálans um bann við mismunun.....	10
2.2.2. 3. gr. barnasáttmálans um það sem barninu er fyrir bestu.....	10
2.2.3. 6. gr. barnasáttmálans um réttinn til lífs og þroska .....	11
2.2.4. 12. gr. barnasáttmálans um réttinn til að láta skoðanir sínar í ljós og til að hafa áhrif .....	12
2.3. Barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna.....	15
2.3.1. Lokaathugasemdir barnaréttarnefndarinnar um framkvæmd barnasáttmálans .....	17
2.4. Valfrjálsar bókanir við barnasáttmálann .....	18
2.4.1. Valfrjáls bókun um sjálfstæða kærueimild barna og fulltrúa þeirra.....	19
3. Söguleg þróun barnalaga.....	25
3.1. Lög nr. 46/1921 og 57/1921.....	25
3.2. Lög nr. 9/1981.....	26
3.3. Lög nr. 20/1992.....	27
3.4. Lög nr. 76/2003 með síðari breytingum.....	28
3.4.1. Sameiginleg forsjá gerð að meginreglu við skilnað og sambúðarslit.....	30
3.4.2. Breytingarlög nr. 61/2012 og 144/2012 .....	32
3.5. Foreldravald, forræði og forsjá .....	34
4. Forsjá, lögheimili og umgengni .....	35
4.1. Inntak forsjár.....	35
4.1.1. Dómaframkvæmd Hæstaréttar .....	39
4.2. Lögheimili.....	40
4.3. Umgengni.....	43
5. Aðild .....	45
5.1. Aðildarhæfi barna .....	47
5.1.1. Börn sem aðilar barnaverndarmála .....	49
5.1.2. Úrskurðir Persónuverndar í málum sem varða börn .....	50
5.1.3. Aðgengi barna að opinberum úrskurðaraðilum.....	52

5.2. Rétturinn til að fá úrlausn mála sinna .....	55
5.2.1. Mannréttindasáttmáli Evrópu.....	56
6. Talsmaður/réttargæslumaður barns.....	62
7. Alþjóðlegur samanburður .....	66
8. Niðurstöður .....	68
9. Heimildaskrá.....	72

## Dóma- og úrskurðaskrá

### Hæstaréttardómar

Dómur Hæstaréttar 14. janúar 2005 í máli nr. 493/2004

Dómur Hæstaréttar 14. september 2006 í máli nr. 101/2006

Dómur Hæstaréttar 15. nóvember 2007 í máli nr. 101/2006

Dómur Hæstaréttar 22. janúar 2009 í máli nr. 506/2008

Dómur Hæstaréttar 15. desember 2011 í máli nr. 318/2011

Dómur Hæstaréttar 1. febrúar 2018 í máli nr. 514/2017

Dómur Hæstaréttar 22. mars 2018 í máli nr. 507/2017

Dómur Hæstaréttar 10. mars 2020 í máli 58/2019

### Úrskurðir Persónuverndar

Úrskurður Persónuverndar 25. apríl 2017 í máli nr. 2016/1644.

Úrskurður Persónuverndar 8. júní 2020 í máli nr. 2020010723.

### Álit umboðsmanns Alþingis

Álit umboðsmanns Alþingis 7. maí 2018 í máli nr. 9524/2017.

### Erlendir dómar

C g. Finland (2006) mál nr. 18249/02.

D.H. og A.L. g. Check Republic (2007) nr. 57325/00.

Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga g. Belgium (2006) no. 13178/03.

Oršuš et autres g. Croatie (2010) no. 15766/03.

T. g. United Kingdom (1999) no. 24724/94.

V. g. Royaume-Uni (1999) no. 24888/94.

Sahin g. Germany (2001) no 30943/96.

Sahin g. Germany (2003) no. 30943/96.

Sommerfeld g. Germany (2003) no. 31871/96.

H.R. Com. Darwinia Rosa Monaco de Gallichio c. Argentine no. 400/1990 (1995).

H.R. Com. X.H.L. v. Netherlands no. 1564/2007 (2011).

H.R. Com. S.P., D.P. and A.T. v. the United Kingdom no. 23715/94 (1996).



## Lagaskrá

### Ísland

Lög nr. 46/1921 um afstöðu foreldra til óskilgetinna barna

Lög nr. 57/1921 um afstöðu foreldra til skilgetinna barna

Lög nr. 85/1947 um lögræði

Lög nr. 60/1972 um stofnun og slit hjúskapar

Barnalög nr. 9/1981

Barnalög nr. 20/1992

Stjórnsýslulög nr. 37/1993

Lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu

Lög nr. 83/1994 um umboðsmann barna

Lög nr. 97/1995 um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands

Lögræðislög nr. 71/1997

Barnaverndarlög nr. 80/2002

Barnalög nr. 76/2003

Lög nr. 49/2005 um fullnustu refsinga

Lög nr. 69/2006 um breytingu á barnalögum

Lög nr. 52/2009 um breytingu á barnaverndarlögum

Lög nr. 61/2012 um breytingu á barnalögum

Lög nr. 144/2012 um breytingu á barnalögum

Lög nr. 58/2012 um breytingu á almennum hegningarlögum

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

Lög nr. 15/2016 um fullnustu refsinga

Lög nr. 148/2018 um breytingu á lögum um umboðsmann barna

Lög nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga

Lög nr. 92/2018 um breytingu á barnalögum

Lög nr. 50/2019 um breytingu á barnalögum

## Noregur

Lov om barn foreldre, 1981

Lov om ekteskap, 1991.

## England

Family Law act, 1975.

Family proceedings Rule, 1991.

## **Lögskýringargögn**

Alpt. 1919, A-deild, þskj. 24

Alpt. 1979-1980, A-deild, þskj. 154 – 103. mál.

Alpt. 1980-1981, A-deild, þskj. 5 – 5. mál.

Alpt. 1991-1992, A-deild, þskj. 73 – 72. mál.

Alpt. 1993-1994, A-deild, þskj. 117 – 102. mál.

Alpt. 1994-1995, A-deild, þskj. 118 – 297. mál.

Alpt. 1994-1995, A-deild, þskj. 118 – 297. mál.

Alpt. 2001-2002, A-deild, þskj. 403 – 318. mál.

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

Alpt. 2005-2006, A-deild, þskj. 294 – 279 mál.

Alpt. 2008-2009, A-deild, þskj. 13 – 13. mál.

Alpt. 2008-2009, A-deild, þskj. 19 – 19. mál.

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

Alpt. 2011-2012, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

Alpt. 2017-2018, A-deild, þskj. 1029 - 622. mál.

Alpt. 2017-2018, A-deild, þskj. 334 – 238. mál.

Alpt. 2017-2018, A-deild, þskj. 666 – 327. mál.

Alpt. 2017-2018, A-deild. þskj. 591 – 417. mál.

Alpt. 2018-2019, A-deild, þskj. 156 – 156. mál.

Alpt. 2018-2019, A-deild, þskj. 25 – 25. mál.

Alpt. 2018-2019, A-deild, þskj. 273 – 255. mál.

Alpt. 2018-2019, A-deild, þskj. 734 – 156. mál.

Alpt. 2019-2020, A-deild, þskj. 1215 – 707. mál.

Alpt. 2019-2020, A-deild. þskj. 73 – 73. mál.

## **Skjöl frá Sameinuðu þjóðunum**

CRC/C/ISL/Q/5-6.

UNCRC General Comment No. 2 (2002): The role of independent national human rights institutions in the promotion and protection of the rights of the child (15. nóvember 2002) UN Doc CRC/GC/2002/2.

UNCRC General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (27. nóvember 2003) UN Doc CRC/GC/2003/5.

UNCRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (29. maí 2013) UN Doc CRC/C/GC/14.

UNCRC General Comment No. 20 (2016) General comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the Child (6. desember 2016) UN Doc CRC/C/GC/20.

## 1. Inngangur

Miklar breytingar hafa orðið á löggjöf á sviði barnaréttar á síðustu áratugum. Í kjölfar setningar nýrra heildstæðra barnalaga urðu miklar breytingar sem og með undirritun og síðar fullgildingu og loks lögfestingu barnasáttmálans. Í ritgerðinni verður leitast við að svara þeirri spurningu hvort að það geti verið hagfellt fyrir barn að vera sjálfstæður aðili að málum er það varðar og hafa veruleg áhrif á daglegt líf þess, þá t.d. í forsjár-, lögheimilis-, umgengnis- eða dagsektarmálum, enda er ljóst að slíkar ákvarðanir hafa veruleg áhrif á daglegt líf barns.

Börn eru sjálfstæðir einstaklingar sem eiga sérstök réttindi, alveg óháð réttindum fullorðinna. Börn eiga rétt á því að koma skoðunum sínum á framfæri í öllum þeim málum er þau varða, sbr. 12. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, hér eftir nefndur barnasáttmálinn. Ekki er aðeins gerð krafa um að börn fái að láta skoðanir sínar í ljós, heldur er einnig gerð krafa um að tekið sé réttmætt tillit til skoðana þeirra. Undir ákveðnum kringumstæðum er barni veitt tækifæri til að tjá skoðanir sínar fyrir milligöngu talsmanns eða viðeigandi stofnunar. Þegar börnum er veitt færi á að tjá sig í málum er þau varða skal líta til aldurs og þroska þeirra, en einnig skal veita börnum færi á að tjá sig við barnvænlegar aðstæður og á hátt sem tekur mið af barnvænlegri aðferðafræði.

Ritgerðin hefst á umfjöllun um barnasáttmálann, þar er farið yfir þróun hans, grundvallarreglur, tilgang og starfsemi barnaréttarnefndarinnar og að lokum eru valfrjálsar bókanir við barnasáttmálann skoðaðar, þá sérstaklega þriðja valfrjálsa bókunin er snýr að sjálfstæðri kærheimild barna og fulltrúa þeirra til barnaréttarnefndarinnar. Í 3. kafla er farið yfir þróun barnalöggjafarinnar allt frá árinu 1921, þegar réttindi barna voru flokkuð eftir því hvort þau voru talin skilgetin eða óskilgetin, foreldrar barna höfðu jafnframt töluvert meira vald yfir börnum sínum þá en er raunin í dag. Í 4. kafla er fjallað um forsjá, lögheimili og umgengni og hve mikið vilji barna hefur í raun að segja í málum sem þessum, auk þess sem farið er yfir dómaframkvæmd Hæstaréttar undanfarin ár. Fjallað er um aðild og aðildarhæfi barna í 5. kafla. Börn njóta almennt ekki aðildar að þeim málum er þau varða, nema í undantekningartilvikum, þá t.d. í barnaverndarmálum þegar þau hafa náð 15 ára aldri, en börn njóta ekki aðildar í forsjár-, lögheimilis-, umgengnis- eða dagsektarmálum. Aðgengi barna að úrskurðaraðilum, innanlands sem og utanlands er skoðað, auk þess er rétturinn til þess að fá úrlausn mála sinna skoðaður, en

börn njóta einnig þess réttar. Fjallað er um rétt barns til að fá skipaðan talsmann í 6. kafla, en barn á rétt á slíku undir ákveðnum kringumstæðum.

## 2. Barnasáttmálinn

Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sem oft er nefndur barnasáttmálinn, er alþjóðlegur samningur sem viðurkennir mannréttindi barna. Hann lögfestir skyldu aðildarríkjanna til að tryggja að hvert barn, án nokkurrar mismununar, njóti sérstakar verndar og umönnunar, að barn geti að fullu þroskað hæfileika sína og getu, vaxi úr grasi við ást, skilning og hamingju og sé upplýst um og taki þátt í að móta þau málefni er það varðar.<sup>1</sup> Samningurinn nýtur töluverðrar sérstöðu sem felst m.a. í því að með honum voru réttindi barna í fyrsta sinn leidd í alþjóðalög. Með því að fullgilda samninginn skuldbinda aðildarríki sig að alþjóðalögum til þess að tryggja að börn innan sinnar lögsögu njóti allra þeirra réttinda sem þar er kveðið á um. Í barnasáttmálanum er mælt fyrir um grundvallarmannréttindi, sem er að finna í hinum ýmsu mannréttindasamningum, svo sem mannréttindasáttmála Evrópu, alþjóðasamningi um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi og alþjóðasamningi um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Sérstaða barnasáttmálans felst í því að í honum er kveðið á um öll þessi réttindi í einum og sama samningnum og fjallar hann eingöngu um afmarkaðan hóp, þ.e. börn, en barnasáttmálinn skilgreinir börn sem alla einstaklinga á aldrinum 0-18 ára. Barnasáttmálinn endurspeglar nýja og byltingarkennda sýn á réttarstöðu barna, þ.e. að börn skuli njóta umhyggju og sérstakrar verndar sem lengi hefur verið viðurkennt, en gengið er lengra þar sem jafnframt er lögð rík áhersla á að börn séu virkir þátttakendur í þjóðfélaginu, sem sjálfstæðir einstaklingar með eigin réttindi og ábyrgð sem hæfir aldri og þroska þeirra hverju sinni. Barnasáttmálinn hefur því mótað nýjan siðferðislegan grunn og alþjóðleg viðmið um það hvernig eigi að líta á og koma fram við börn.<sup>2</sup>

Barnasáttmálinn felur í sér skuldbindandi samkomulag þjóða heims um að börn eigi sérstök réttindi, óháð réttindum hinna fullorðnu, hvort sem um forsjáraðila þeirra er að ræða eða aðra fullorðna aðila sem taka t.d. ákvarðanir um málefni sem þau varða. Í barnasáttmálanum er að finna víðtæk réttindi en þar má helst nefna réttinn til lífs og þroska, friðhelgi fjölskyldu- og einkalífs, félaga-, skoðana-, tjáningar- og trúfrelsi. Sáttmálinn leggur einnig þær skyldur á

---

<sup>1</sup> Þórhildur Líndal, Barnasáttmálinn, rit um samning sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 6.

<sup>2</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

aðildarríkin til að grípa til virkra og raunverulegra aðgerða til að tryggja þessi réttindi á öllum sviðum samfélagsins.<sup>3</sup>

Aðildarríki að samningnum eru skuldbundin til þess að tryggja börnum þau réttindi sem samningurinn veitir þeim, sú skuldbinding er þó aðeins samkvæmt þjóðarétti. Vegna tvíeðliskenningarinnar sem lögð er til grundvallar hérlendis þarf að lögfesta alþjóðlega samninga ef þeir eiga að hafa bein réttaráhrif hér á landi. Þess vegna var það afar mikilvægur áfangi þegar Ísland lögfesti sáttmálann.<sup>4</sup> Með lögfestingunni stigu íslensk stjórnvöld afar mikilvægt skref í átt að aukinni mannréttindavernd barna<sup>5</sup> með því að tryggja beitingu hans í framkvæmd sem og bein réttaráhrif hans. Barnasáttmálinn er sá mannréttindasamningur sem staðfestur hefur verið af flestum þjóðum, en öll ríki heimsins, að Bandaríkjunum undanskildum, hafa fullgilt sáttmálann, en Bandaríkin hafa þó undirritað hann.<sup>6</sup> Bandaríkin hafa lýst því yfir að í raun sé óþarft að samþykka sáttmálann þar sem börnum þar í landi sé nú þegar tryggð fullnægjandi réttindi í lögum landsins. Að auki má nefna eftirfarandi ástæður fyrir því að Bandaríkjamenn hafa ekki fullgilt sáttmálann. Ákvæði 37. gr. sáttmálans sem kveður á um bann við dauðarefsingu eða lífstíðarfangelsi fyrir afbrot sem börn hafa framið er umdeilt í Bandaríkjunum þar sem það er talið skerða frelsi bandarískra dómstóla til þess að kveða upp dóma í samræmi við landslög. Þá hefur því sjónarmiði einnig verið haldið fram í opinberri umræðu í Bandaríkjunum að barnasáttmálinn gangi of langt í því að tryggja efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi barna. Í síðasta lagi má síðan nefna að því hefur verið haldið fram að sáttmálinn skerði frelsi foreldra og forsjáraðila til þess að ráða yfir börnum sínum á þann hátt sem þeim finnst rétt og eðlilegt og því ljóst að fullgilding barnasáttmálans í Bandaríkjunum í náninni framtíð er afar ólíkleg.<sup>7</sup> Sú staðreynd að öll ríki heims nema eitt hafa fullgilt barnasáttmálann eykur pólitíska sem og siðferðislega þýðingu hans og gefur honum aukið vægi á alþjóðavettvangi. Ein af ástæðum þess að svo mörg ríki greiddu atkvæði með sáttmálanum, var án efa sú að unnt var að gera fyrirvara við fullgilding hans, sbr. 52. gr. samningsins. Mörg aðildarríki sáttmálans hafa

---

<sup>3</sup> Barn.is, „Sáttmáli Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins“, <<https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnasattmali-sameinudu-thjodanna/>>, skoðað 8. september 2020.

<sup>4</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

<sup>5</sup> Alþt. 2019-2020, A-deild, þskj. 73 – 73. mál.

<sup>6</sup> Ohchr.org, „Status of Ratification Interactive Dashboard“, <<https://indicators.ohchr.org/>>, skoðað 8. september 2020.

<sup>7</sup> Barn.is, „Bandaríkin og Barnasáttmálinn“, <<https://www.barn.is/born-og-unglingar/spurt-og-svarad/bandarikin-og-barnasattmalinn/>>, skoðað 22. september 2020.

nýtt sér þessa heimild, þó í mismiklum mæli. Þegar sáttmálinn var fullgiltur af hálfu Íslands var litið svo á að löggjöf hérlendis væri í samræmi við ákvæði hans, því var hann fullgiltur án fyrirvara. Þrátt fyrir þetta þótti ástæða til að leggja fram sérstakar yfirlýsingar vegna tveggja ákvæða af hálfu Íslands. Önnur yfirlýsingin sneri að 1. mgr. 9. gr. sáttmálans, en þar segir að barn skuli ekki skilið frá foreldrum sínum gegn vilja þess, nema það sé talið nauðsynlegt með tilliti til hagsmuna barnsins enda sé sú ákvörðun lögbærra stjórnvalda háð endurskoðun dómstóla. Á þeim tíma er sáttmálinn var undirritaður var ekki hægt að skjóta ákvörðunum íslenskra barnaverndaryfirvalda og dómsmálaráðuneytisins um forsjá barns til dómstóla nema innan marka 60. gr. stjkskr. Þegar barnalögum og barnaverndarlögum var breytt árið 2002 og 2003 var ákvæðið þó uppfyllt af hálfu Íslands. Þann 9. mars 2009 var Sameinuðu þjóðunum tilkynnt að ríkisstjórn Íslands hefði ákveðið að draga umrædda yfirlýsingu til baka. Hin yfirlýsingin sem gerð var af hálfu Íslands sneri að c-lið 37. gr. sáttmálans. Í ákvæðinu segir að halda skuli barni sem svipt er frelsi aðskildu frá fullorðnum, nema ef annað er talið barni fyrir bestu. Á þessum tíma var ekki að finna í íslenskum lögum ákvæði þess efnis. Í greinargerð með þingsályktun um lögfestingu sáttmálans kom fram að endurskoða þyrfti umrætt ákvæði. Samhliða lögfestingu barnasáttmálans var því lögum um fullnustu refsinga breytt, sbr. nú 44. gr. laga nr. 15/2016, og er nú kveðið á um að börn undir 18 ára aldri afplána refsingu á vegum barnaverndaryfirvalda. Fyrirvarinn við 37. gr. var því dreginn til baka í maí 2015<sup>8</sup>.

Aðildarríkjum ber að kynna efni barnasáttmálans með virkum hætti fyrir bæði börnum og fullorðnum eins og kveðið er á um í 42. grein hans. Á Íslandi er það í verkahring umboðsmanns barna að fylgjast með þróun og túlkun barnasáttmálans, kynna efni hans og stuðla að því að hann sé virtur í hvívetna á öllum sviðum samfélagsins.<sup>9</sup> Þótti rétt að lögfesta þessa skyldu embættis umboðsmanns barna með það að leiðarljósi að styrkja enn frekar stöðu barna í íslensku samfélagi og stuðla þannig að áframhaldandi innleiðingu barnasáttmálans. Markmiðið er að embættið sé öflugur og virkur málsvari barna í íslensku samfélagi með því að þátttaka þeirra í samfélagslegri umræðu sem og í allri ákvarðanatöku og stefnumótun sé styrkt.<sup>10</sup> Sambærilegt ákvæði er að finna í sænskum lögum um umboðsmann barna. Ákvæðið er að finna í b-lið 3. mgr. 3. gr. laga um

---

<sup>8</sup> Fimmta og sjötta skýrsla Íslands um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, Stjórnarráð Íslands (2018) 6.

<sup>9</sup> Barn.is, „Innleiðing Barnasáttmálans“, < <https://www.barn.is/barnasattmalinn/innleiðing-barnasattmalans/>>, skoðað 9. september 2020.

<sup>10</sup> Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 156 – 156. mál.

umboðsmann barna nr. 83/1994, en það kom inn með breytingarlögum nr. 148/2018 sem samþykkt voru á Alþingi 21. desember 2018.<sup>11</sup>

Barnaréttarnefndin hefur skipt ákvæðum barnasáttmálans í átta efnisflokkka en flokkunin er ætluð sem viðmið fyrir stjórnvöld þegar verið er að vinna skýrslu um framkvæmd sáttmálans. Þessi flokkun gefur skýrt til kynna hversu mikið ákvæði sáttmálans tengjast innbyrðis, en barnaréttarnefndin hefur ávallt lagt mikla áherslu á að barnasáttmálinn sé ein órjúfanleg heild og því þurfi að skoða greinar hans í samhengi við hverja aðra. Í almennum athugasemdum sínum, þar sem barnaréttarnefndin setur fram leiðbeiningar um túlkun og framkvæmd barnasáttmálans, hefur nefndin áréttað að barnasáttmálinn sé lifandi plagg og því sé túlkun hans í stöðugri þróun sem taka þarf mið af við beitingu hans á öllum sviðum samfélagsins.<sup>12</sup>

### 2.1. Söguleg þróun barnasáttmálans

Mikil tímamót í baráttunni fyrir réttindum barna urðu þegar barnasáttmálinn var samþykktur.<sup>13</sup> Í ýmsum alþjóðlegum mannréttindasamningum er börnum tryggð sérstök vernd og stuðningur, enda voru börn framan af talin afar viðkvæmur þjóðfélagshópur. Þessi sérstaða barna hlaut fyrst alþjóðlega viðurkenningu með Genfaryfirlýsingu Þjóðabandalagsins frá 1924, en hún var byggð á stefnuyfirlýsingu alþjóðasamtaka Save the Children frá 1948. Þar var að finna ýmsar grundvallarreglur sem snéru að vernd og umönnun barna. Umræðan um að nauðsynlegt væri að tryggja börnum aukna vernd kom í kjölfar allra þeirra grófu mannréttindabrota gegn börnum sem áttu sér stað í seinni heimstyrjöldinni. Í mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna frá því í desember 1948 er að finna ákvæði sem snúa beint að hagsmunum barna. Ákvæði yfirlýsingarinnar eru tvö konar. Í fyrsta lagi eru þetta almenn ákvæði sem mæla fyrir um friðhelgi fjölskyldunnar og einnig skyldu ríkja til að tryggja félagslegt öryggi þegna sinna. Í öðru lagi er þar að finna ákvæði sem að fjalla beinlínis um börn og er þar mælt fyrir um skyldur ríkja gagnvart þeim sérstaklega.<sup>14</sup> Sérstök yfirlýsing um réttindi barnsins var samþykkt árið 1959 á vettvangi Sameinuðu þjóðanna og byggðist hún að miklu leyti á yfirlýsingu Þjóðabandalagsins.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 734 – 156. mál.

<sup>12</sup> Barnaheill.is, „Það sem er barninu fyrir bestu“, <<https://www.barnaheill.is/static/files/Forvarnir-og-fraedsla/Barnasattmalinn/grein-janu-arma-nadar-3.-gr.-barnasa-ttma-lans.pdf>>, skoðað 30. september 2020.

<sup>13</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, þskj. 118 – 297. mál.

<sup>14</sup> Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, Bókaútgáfa Orators (1995) 35.

<sup>15</sup> Barnasáttmáli.is, „Um barnasáttmálann“ <<https://barnasattmali.is/barnasattmalinn/umbarnasattmalann.html>>, skoðað 10. september 2020.



Hvorug þessara yfirlýsinga var þó bindandi að þjóðarétti en í kjölfar þeirra kom upp sú hugmynd að færa þær yfir í þjóðréttarsamning sem væri skuldbindandi fyrir aðildarríkin.<sup>16</sup> Barnasáttmálinn er bæði skýrari og víðtækari en yfirlýsing Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins og það sama á við um yfirlýsingu Þjóðabandalagsins um réttindi barna. Óneitanlega sækir barnasáttmálinn þó ýmislegt til beggja þessara yfirlýsinga.<sup>17</sup>

Fyrir lögfestingu barnasáttmálans hér á landi var mannréttinasáttmáli Evrópu eini alþjóðlegi mannréttinasáttmálinn sem hafði verið lögfestur hér á landi, en hann var lögfestur með lögum nr. 62/1994. Í mannréttinasáttmálanum er fjallað um borgaraleg og stjórnómálagleg réttindi manna og skuldbinda aðildarríki sáttmálans sig til að haga löggjöf, stjórn- og dómssýslu sinni þannig að þau réttindi sem sáttmálinn mælir fyrir um séu virt. Ef mannréttinasáttmáli Evrópu og barnasáttmálinn eru bornir saman er gildissvið mannréttinasáttmála Evrópu þrengra en hann tekur ekki til efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Þó er í þeim sáttmála mælt fyrir um réttindi manna án tillits til aldurs, þ.m.t. barna, á meðan barnasáttmálinn tekur eingöngu til barna, þ.e.a.s. einstaklinga undir 18 ára aldri.<sup>18</sup>

Langflest ríki Sameinuðu þjóðanna voru sammála um að framfarir í réttindum barna á alþjóðavettvangi væru nauðsynlegar til að veita börnum enn víðtækari vernd. Árið 1979 var því ákveðið að hefjast handa við gerð samnings um réttindi barna, en vegna þessa er árið 1979 útnefnt ár barnsins. Það tók tíu ár að fullgera texta barnasáttmálans en ástæða þess var meðal annars sú að vinnuhópurinn sem samdi ákvæði samningsins lagði áherslu á að ná samstöðu um öll atriði hans. Samningurinn var lagður fyrir allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna, þann 20. nóvember árið 1989<sup>19</sup> og hlaut allsherjarsamþykki aðildarríkjanna sem er nánast einstakt. Á þrjátíu ára afmæli sáttmálans var hann síðan orðinn útbreiddasti mannréttinasáttmálinn í

---

<sup>16</sup> Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, Bókaútgáfa Orators (1995) 31.

<sup>17</sup> Þórhildur Línadal, Barnasáttmálinn, rit um samning sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 6.

<sup>18</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

<sup>19</sup> Barnasáttmáli.is, „Um barnasáttmálann“ < <https://barnasattmali.is/barnasattmalinn/umbarnasattmalann.html>>, skoðað 10. september 2020.

heiminum.<sup>20</sup> Sómalía fullgilti sáttmálann þann 1. október 2015 og varð þar með næstsíðasta landið til þess<sup>21</sup>, en eins og fyrr segir hafa Bandaríkin ekki fullgilt barnasáttmálann.

Ísland undirritaði barnasáttmálann 26. janúar 1990 og hann var síðan fullgiltur 28. október 1992. Samningurinn öðlaðist gildi hvað Ísland varðar 27. nóvember 1992. Á 121. löggjafarþingi var lögð fram þingsályktunartillaga um bættu réttarstöðu barna samkvæmt barnasáttmálanum. Tillagan gekk m.a. út á að skipuð yrði nefnd til að gera úttekt á lögum sem varða réttarstöðu barna með það að markmiði að uppfylla skilyrði barnasáttmálans. Nefndin átti einnig að meta hvort að rétt væri að lögleiða barnasáttmálann í heild sinni. Tillagan þótti heldur framsýn á þeim tíma og var ekki samþykkt á Alþingi. Á 136. löggjafarþingi var síðan lögð fram þingsályktunartillaga um lögfestingu barnasáttmálans, sem var samþykkt þann 16. mars 2009 og var ríkisstjórninni falið að undirbúa lögfestingu barnasáttmálans.<sup>22</sup> Frumvarp til laga um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins var síðan lagt fyrir 140. löggjafarþing en komst ekki til umræðu. Meginástæða þess hve langan tíma tók að lögfesta samninginn var sú að íslenska ríkið náði ekki að uppfylla skilyrði 37. gr. c. barnasáttmálans og setti því fram yfirlýsingu um það, líkt og kemur fram að ofan. Í frumvarpinu var lögð til breyting á lögum nr. 49/2005 um fullnustu refsinga en breytingin fól í sér að sakhæfum börnum yrði haldið aðskildum frá fullorðnum föngum eins og barnasáttmálinn gerir kröfu um, nema í þeim undantekningartilvikum þar sem það er talið barninu fyrir bestu. Frumvarpið var síðan endurflutt óbreytt á 141. löggjafarþingi og var barnasáttmálinn lögfestur á Alþingi þann 20. febrúar 2013 með lögum nr. 19/2013.<sup>23</sup>

Áður en barnasáttmálinn var lögfestur var íslenska ríkið samt sem áður skuldbundið til að uppfylla ákvæði sáttmálans eftir fullgildingu hans, en sjaldan var vitnað í hann við úrlausn mála hjá stjórnvöldum og dómstólum, en dæmi voru um að dómar hafi beinlínis verið í andstöðu við ákvæði hans sem sætti mikilli gagnrýni og var af ýmsum aðilum talið styðja við kröfuna um lögfestingu.<sup>24</sup> Í skýrslu frá 2007 var farið yfir alla dóma Hæstaréttar, er vörðuðu börn, sem

---

<sup>20</sup> Barn.is, „Barnasáttmálinn 30 ára“, < <https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnasattmali-sameinudu-thjodanna/barnasattmalinn-30-ara/>> skoðað 22. september 2020.

<sup>21</sup> Ohchr.org, „UN Committee hails Somalia’s ratification of Convention on the Rights of the Child“, <<https://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16556&LangID=E>>, skoðað 6. október 2020.

<sup>22</sup> Alþt. 2008-2009, A-deild, þskj. 13 – 13. mál.

<sup>23</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

<sup>24</sup> Barn.is, „Sáttmáli Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins“, < <https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnasattmali-sameinudu-thjodanna/>>, skoðað 28. ágúst 2020.

kveðnir voru upp á tæplega tíu ára tímabili, frá 1998-2007. Í skýrslunni kom fram að aðeins hafi verið vísað í barnasáttmálann í dómsforsendum átta dómsmála sem skotið var til Hæstaréttar á þessu tímabili. Að auki var vitnað í samninginn af tveimur hæstaréttardómum í einu og sama málinu. Athygli vakti þegar skýrslan var gerð að Hæstiréttur hafði ekki vísað beint til ákvæða barnasáttmálans í dómsforsendum sínum, heldur hafði dómstóllinn einungis gert það óbeint með því að staðfesta úrlausnir héraðsdómstóla þar sem vitnað var til sammingsins.<sup>25</sup> Eitt dæmi er um að hæstaréttardómarar hafi skírskotað beint til ákvæðis sammingsins fyrir lögfestinguna, var það í dómi hæstaréttar nr. 493/2004. Þar krafðist móðir stúlku þess að henni yrði heimilað að fá dótturina tekna úr umsjá föður hennar með beinni aðfarargerð, en móðir stúlkunnar fór með forsjá hennar. Stúlkan sem þá var nýorðin fimmtán ára hafði lýst vilja sínum á þann veg að hún vildi dvelja áfram hjá föður sínum. Í málinu lá fyrir Hæstaréttardómur þar sem kröfu föður stúlkunnar um að fá forsjá yfir henni var hafnað, en niðurstaða dómsins byggðist á því hvað væri stúlkunni fyrir bestu. Fallist var á kröfu móðurinnar um að forsjánni yrði komið á með beinni aðfarargerð. Í sératkvæði tveggja dómara var vísað til 12. gr. barnasáttmálans um rétt barna til að tjá sig í öllum málum er þau varðar í samræmi við aldur og þroska. Ástæður þess hve sjaldan vitnað var í barnasáttmálann í íslenskri dómaframkvæmd eru líklega tvær. Annars vegar að það skorti skipulagða fræðslu um markmið og efni sammingsins hér á landi og einnig var það talið hafa áhrif að samningurinn hafði ekki verið leiddur í lög hér á landi.<sup>26</sup> Af framangreindu er ljóst að lögfesting barnasáttmálans var nauðsynleg til þess að tryggja beitingu hans í framkvæmd og bein réttaráhrif hans.

Þó svo að barnasáttmállinn hafi haft gríðarleg áhrif til hins betra þá skortir töluvert upp á að hann sé virtur á öllum sviðum samfélagsins. Mörg aðildarríki hafa frá undirritun og fullgildingu sett ákvæði í stjórnarskrá sína sem fjalla um réttindi barna, en fleiri ríki hafa síðan endurbætt löggjöf sína sem snýr að börnum í samræmi við efni barnasáttmálans. Í 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands er að finna ákvæði sem segir að börnum skuli tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst. Ákvæðið kom nýtt inn í stjórnarskrá Íslands þegar henni var breytt með breytingarlögum nr. 97/1995. Ákvæðið átti sér ekki hliðstæðu í þágildandi mannréttindakafla stjórnarskrárinnar, en litið var svo á að tímabært væri að endurskoða mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar með tilliti til þeirra alþjóðlegra skuldbindinga

<sup>25</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

<sup>26</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

sem Ísland hafði gengist undir með því að gerast aðili að alþjóðlegum sáttmálum til verndar mannréttindum. Ákvæðið felur í sér ákveðna stefnuyfirlýsingu og sækir fyrirmynd sína m.a. í 3. gr. barnasáttmálans og að nokkru leyti einnig í 24. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi. Þá er einnig gert ráð fyrir að það leggi skyldu á löggjafann til þess að setja lög til að veita börnum þessa tryggingu.<sup>27</sup> Í kjölfar undirritunar og fullgildingar barnasáttmálans hafa mörg ríki jafnframt sett á fót stofnun sem hefur það hlutverk að gæta sérstaklega réttinda og hagsmuna barna. Í 4. gr. sáttmálans kemur fram að aðildarríki skulu gera allar viðeigandi ráðstafanir á sviði löggjafar og stjórnsýslu, svo og á öðrum vettvangi, til að réttindi sem viðurkennd eru í samningnum, komi til framkvæmda. Barnaréttarnefndin hefur gefið út almenna athugasemd nr. 2, en þar áréttar nefndin sérstaklega mikilvægi óháðra mannréttindastofnana. Tilvist slíkra stofnana stuðlar einkum að og tryggir framkvæmd sáttmálans. Barnaréttarnefndin hefur fagnað stofnun umboðsmanns barna og annarra slíkra stofnana í aðildarríkjum sáttmálans.<sup>28</sup>

Alþjóðasamstarf í þágu barna hefur að auki eflst til muna frá því að sáttmálinn tók gildi.<sup>29</sup> Frá því að sáttmálinn tók gildi hafa þrjár valfrjálsar bókanir bæst við sáttmálann.<sup>30</sup> Fjallað verður nánar um valfrjálsar bókanir við barnasáttmálann í kafla 2.4.

## 2.2. Grundvallarreglur barnasáttmálans

Í inngangi barnasáttmálans er að finna þau grunnreglu sem liggja að baki honum. Í grófum dráttum er hægt að skipta réttindum sáttmálans í þrjá flokka, það er; vernd, umönnun og þátttaka.<sup>31</sup> Í barnasáttmálanum er að finna 54 greinar, eins og kemur fram hér að ofan eru þær allar jafn mikilvægar en grundvallarákvæði hans er að finna í 2., 3., 6. og 12. gr. sáttmálans og ber að túlka önnur ákvæði hans með hliðsjón af þeim.

---

<sup>27</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, þskj. 118 – 297. mál.

<sup>28</sup> UNCRC General Comment No. 2 (2002): The role of independent national human rights institutions in the promotion and protection of the rights of the child (15. nóvember 2002) UN Doc CRC/GC/2002/2.

<sup>29</sup> Þórhildur Líndal, Barnasáttmálinn, rit um samning sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 6.

<sup>30</sup> Barnvaensveitarfelag.is, „Valfrjálsar bókanir við barnasáttmálann“, <<http://barnvaensveitarfelag.is/barnasattmalinn/valfrjalsar-bokanir/>>, skoðað 14. september 2020.

<sup>31</sup> Barnasáttmáli.is, „Um barnasáttmálann“ <<https://barnasattmali.is/barnasattmalinn/umbarnasattmalann.html>>, skoðað 10. september 2020.

### 2.2.1. 2. gr. barnasáttmálans um bann við mismunun

Í 2. gr. er kveðið á um jafnan rétt allra barna; hvar sem er, hvenær sem er og óháð stöðu þeirra sjálfra eða foreldra þeirra eða annarra aðstandenda. Því ber að tryggja öllum börnum í lögsögu aðildarríkja þau réttindi sem þar er kveðið á um án tillits til kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúar, stjórnámálaskoðana, ætternis, fötlunar, félagslegrar stöðu eða annarra aðstæðna þeirra eða stöðu eða athafna foreldra þeirra.

Jafnræðisreglan hefur verið flokkuð sem grundvallarregla af barnaréttarnefndinni, enda kemur reglan iðulega til álita við framkvæmd sáttmálans í heild sinni. Öllum aðildarríkjum ber því að setja reglur sem vernda börn gegn hvers konar mismunun. Þetta á við um réttindi barna á öllum sviðum, ekki bara um þau réttindi barna sem fjallað er um í sáttmálanum. Ekki nægir löggjöfin ein og sér þó, framkvæmdin þarf einnig að vera virk. Barnasáttmálinn ávarpar mismunun barna í hinum ýmsu ákvæðum, en þar má m.a. nefna 22. gr. sem fjallar um réttindi barna á flótta og 23. gr. sem kveður á um að skyldu aðildarríkja til að tryggja að fötluð börn njóti fulls og sómasamlegs lífs. Ákvæði 2. gr. á við um öll börn á yfirráðasvæði aðildarríkja sáttmálans, þar með talið börn sem eru á flótta, eru umsækjendur um alþjóðlega vernd, eða börn sem eru án ríkisfangs.<sup>32</sup>

### 2.2.2. 3. gr. barnasáttmálans um það sem barninu er fyrir bestu

Í 3. gr. er kveðið á um að það sem barni er fyrir bestu skuli ganga fyrir þegar gerðar eru ráðstafanir er varðar það. Það ber því að hafa hagsmuni barnsins að leiðarljósi í öllum ákvörðunum og aðgerðum sem kunna að hafa áhrif á líf þess. Þessi regla kemur sérstaklega til álita ef réttindi sáttmálans stangast á. Barnaréttarnefndin hefur lagt ríka áherslu á 1. mgr. 3. gr., og þá sérstaklega beitingu hennar í málum þar sem önnur og sértækari ákvæði barnasáttmálans eiga ekki við, en fyrirmynd þessarar grundvallarreglu má finna í yfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins frá 1959. Þá ber einnig að hafa þessa reglu að leiðarljósi þegar önnur ákvæði sáttmálans eru túlkuð, þó án þess að það breyti afdráttarlausum ákvæðum sáttmálans. Greinin leggur áherslu á að aðildarríkin, sem og opinberir aðilar jafnt og einkaaðilar, eigi ávallt að leggja

---

<sup>32</sup> Þórhildur Línadal, Barnasáttmálinn, rit um samning sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 12.

mat á áhrif gerða þeirra og ákvarðana á börn, með hliðsjón af því markmiði að ávallt sé litið til bestu hagsmuna barna við alla ákvarðanatöku sem varðar þau.<sup>33</sup>

Það sem barni er fyrir bestu er afar matskennt og kallar því á einstaklingsbundið mat hverju sinni. Barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna, hefur með almennri athugasemd nr. 14, veitt nánari leiðbeiningar um inntak reglunnar og þær skyldur sem hún leggur á aðildarríkin. Nefndin leggur áherslu á að við alla ákvarðanatöku er varðar börn eigi að fara fram sérstök greining og mat á því hvaða áhrif ákvörðun mun hafa á hagsmuni og réttindi barna hverju sinni.<sup>34</sup> Þannig er betur hægt að tryggja að ákvörðun sé tekin í bestu samræmi við hagsmuni barns eða barna eftir því hvað við á. Þrátt fyrir þetta eru ákvarðanir teknar reglulega sem varða börn án þess að mat á áhrifum á þau fari fram. Þetta á sérstaklega við um ákvarðanir sem í fyrstu virðast ekki varða börn sérstaklega, en eru þess eðlis að geta haft umfangsmikil áhrif á hagsmuni og velferð barna. Sem dæmi má nefna skipulagsmál, ráðstöfun opinberra fjármuna, umhverfismál og öryggismál.<sup>35</sup>

#### 2.2.3. 6. gr. barnasáttmálans um réttinn til lífs og þroska

Í 6. gr. er kveðið á um að rétt hvers barns til lífs og þroska. Ákvæðið endurspeglar 3. gr. Mannréttindayfirlýsingar Sameinuðu þjóðanna og staðfestir þessi óyggjandi réttindi hvers barns. Tryggja á börnum aðgang að allri þeirri grundvallarþjónustu sem nánar er kveðið á um í öðrum ákvæðum barnasáttmálans þannig að þetta markmið nái fram að ganga. Þessi regla er talin vera algild grundvallarregla um mannréttindi í öðrum alþjóðlegum mannréttinasáttmálum. Sú hugmynd um að börn eigi ótvíræðan rétt á að lifa og þroskast og að það skuli eftir fremsta megni tryggt, er nauðsynleg forsenda allrar útfærslu á sáttmálanum. Áhersla er lögð á hlutverk foreldra og fjölskyldu og skuldbindingu yfirvalda um að styðja við þetta markmið í öðrum greinum sáttmálans. Barn á alltaf að njóta verndar gegn ofbeldi og misbeitingu, en þannig er tryggt að börn fái að lifa og þroskast eins og best er á kosið og fái notið annarra réttinda sem barnasáttmálinn tryggir þeim.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Þórhildur Líndal, Barnasáttmálinn, rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 13.

<sup>34</sup> UNCRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (29. maí 2013) UN Doc CRC/C/GC/14.

<sup>35</sup> Skýrsla umboðsmanns barna, Umboðsmaður barna (2019), 15.

<sup>36</sup> Þórhildur Líndal, Barnasáttmálinn, rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 18.

2.2.4. 12. gr. barnasáttmálans um réttinn til að láta skoðanir sínar í ljós og til að hafa áhrif

Í 12. gr. er kveðið á um skyldu aðildarríkja til að tryggja barni sem myndað getur eigin skoðanir rétt til þess að láta þær í ljós í öllum málum er það varðar. Að auki er gerð sú krafa að tekið sé réttmætt tillit til skoðana þess. Af reglunni er ljóst að undir öllum kringumstæðum er skylt að gefa börnum tækifæri á að koma skoðunum sínum á framfæri áður en ákvarðanir varðandi þau eru teknar. Þetta er grunnurinn að nútímaviðhorfi til barna sem sjálfstæðra einstaklinga með eigin réttindi sem markar jafnframt endalok þeirrar aldagömlu hugmyndar að börn séu eign foreldra sinna sem séu þannig til þess bær að taka allar ákvarðanir fyrir þeirra hönd.<sup>37</sup> Ákvæðið á jafnt við um einstök börn, tiltekna hópa barna eða jafnvel öll börn eftir atvikum. Þá á 12. gr. einnig við um mótun stefnu eða aðrar aðgerðir sem varða börn sérstaklega. Þess ber þó að geta að þrátt fyrir 12. gr. barnasáttmálans er iðulega skortur á samráði við börn þegar málefni um þau eru til umfjöllunar, en sem dæmi má nefna drög að stefnu um barnvænt Ísland sem kynnt var í samráðsgátt stjórnvalda í júní 2020.<sup>38</sup> Í umsögn umboðsmanns barna um stefnudrögin kemur fram að ekkert samráð hafi verið haft við börn við vinnslu stefnunnar eins og barnasáttmálinn gerir kröfu um.<sup>39</sup> Þó nokkur önnur dæmi eru um að ekki hafi verið haft samráð við börn, jafnvel í málum sem varða mikilvæga hagsmuni þeirra og hafa haft umtalsverð áhrif á líf barna í íslensku samfélagi. Sem dæmi má taka styttingu framhaldsskólans, breytingar á einkunnakerfi grunnskólanna, tillögur um breytingar á viðmiðunarstundaskrá grunnskóla, og við vinnslu framkvæmdaáætlunar á sviði barnaverndar. Við vinnslu allra þessara mála var ekki rætt við eitt einasta barn.<sup>40</sup> Umboðsmaður barna hefur ítrekað bent á nauðsyn þess að samráð sé haft við börn, og þá sérstaklega þau börn sem umrædd ákvarðanatataka hefur áhrif á hverju sinni.<sup>41</sup> Í október 2020 undirrituðu umboðsmaður barna og félags- og barnamálaráðherra samstarfssamning sem tryggir samráð stjórnvalda í yfirstandandi vinnu í málefnum barna. Með samningnum var það sett í hendur umboðsmanns barna að hafa umsjón með samráði við börn, meðal annars um stefnu um barnvænt Ísland.<sup>42</sup> Það er nokkuð ljóst að ekki nægir að hafa lögfestar reglur bæði í barnalöggjöfinni og í barnasáttmálanum sem gera ráð fyrir því að rætt sé

<sup>37</sup> Alpt. 2012-2013, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

<sup>38</sup> Drög að stefnu um barnvænt Ísland, stjórnarráð Íslands (2020), bls. 4.

<sup>39</sup> Umsögn um drög að stefnu um barnvænt Ísland, Reykjavík 15. október 2020.

<sup>40</sup> Umboðsmaður barna, Supplementary Report From The Ombudsman for Children in Iceland (2020) 11-13.

<sup>41</sup> Umsögn umboðsmanns barna um drög að breytingu á viðmiðunarstundaskrá í aðalnámskrá grunnskóla frá 2011, 29.08.2020.

<sup>42</sup> Barn.is, „Samráð við börn“, < <https://www.barn.is/frettir/samrad-vid-born-1>>, skoðað 7. nóvember 2020.

við börn áður en ákvarðanir eru teknar sem geta haft áhrif á þau. Það þarf stöðugt að vinna að því að tryggja að nauðsynlegt samráð sé haft við börn til að tryggja þátttöku þeirra þannig að mat sé lagt á þau áhrif sem ákvarðanatataka hefur á börn. Ákvörðun þarf ávallt að byggja á því sem er barni fyrir bestu líkt og barnasáttmálinn kveður á um.

Líta skal til aldurs og þroska barns og taka tillit til skoðana þess í samræmi við það. Barnaréttarnefndin hefur ítrekað að ekki eigi að hlífa börnum með því að veita þeim ekki tækifæri á því að tjá sig, heldur eigi ávallt að gefa börnum færi á að tjá sig og jafnframt eigi að upplýsa börn sérstaklega um þennan rétt sinn og tryggja barnvænlegar aðstæður og aðferðir, þannig verður börnum gert kleift að tjá sig á eigin forsendum, ef þau velja að gera það. Barn á ekki bara rétt á því að láta skoðanir sínar í ljós heldur felst mikilvægi 12. gr. sáttmálans einnig í því að kveðið er á um nauðsyn þess að á barnið sé hlustað og að réttmætt tillit sé tekið til skoðana þess.<sup>43</sup> Rétturinn til þátttöku felur þannig einnig í sér réttinn til þess að hafna því að tjá sig um mál sem varðar það. Með þátttöku barna er hægt að bæta þjónustu og tryggja snemmtæka íhlutun í málum er varða börn, á þeirra eigin forsendum, sem leiðir til hagkvæmari lausna, betri meðferðar á opinberu fjármagni og þá jafnframt betri árangurs. Með þátttöku barna er gegnsæi aukið, ákvarðanatataka verður upplýstari og vandaðri og þannig eru allar líkur á að sátt ríki um ákvarðanirnar og að þeim verði jafnframt framfylgt.<sup>44</sup> Ákvæði líkt og þetta á sér ekki fordæmi í fyrri samningum og yfirlýsingum um réttindi barna og því má segja að greinin sé byltingarkennd í sögulegu ljósi og auk þess afar mikilvæg þar sem hún tryggir börnum raunveruleg áhrif í öllum málum sem varða þau.

Ætíð hefur verið lögð mikil áhersla á mikilvægi 12. greinarinnar þegar barnasáttmálinn er túlkaður. Í 1. mgr. er sú krafa gerð að aðildarríki tryggi að barn sem getur myndað sér skoðanir eigi að hafa rétt til þess að láta þær frjáltslega í ljós í öllum þeim málum er snúa að því og það varðar, jafnframt skuli taka réttmætt tillit til skoðana barnsins í samræmi við aldur þess og þroska hverju sinni. Í 2. mgr. er barni sérstaklega tryggður rétturinn til að tjá sig við hverja þá málsmeðferð fyrir dómi eða stjórnvaldi sem getur varðað það.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Þórhildur Líndal, Barnasáttmálinn, rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 27.

<sup>44</sup> Barn.is, „Þátttaka barna í stefnumótun og ákvörðunum“, < [https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum\\_skyrsla-2020.pdf](https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum_skyrsla-2020.pdf)>, bls. 9, skoðað 23. september 2020.

<sup>45</sup> Þórhildur Líndal, Barnasáttmálinn, rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 26.



Réttur barns til tjáningar og þátttöku sem kveðið er á um í 12. gr. felur ekki í sér að barn fái fullan sjálfsákvörðunarrétt í öllum málum. Börn eru ólögráða til 18 ára aldurs og forsjáraðilar hafa þannig rétt til þess að taka tilteknar ákvarðanir fyrir þeirra hönd, og því er kjarni 12. gr. réttur barns til þess að eiga aðild að ákvarðanatöku og fá að koma sínum sjónarmiðum á framfæri sem líta á til ásamt öðrum gögnum og upplýsingum sem máli skipta. Rétturinn til þátttöku gerir kröfu um að samráð sé haft við barn áður en ákvarðanir um það eru teknar og réttmætt tillit tekið til sjónarmiða þess. Krafa um að ákvörðun sem varðar barn sérstaklega eigi að byggja á því sem er barni fyrir bestu getur þannig falið í sér að ákvörðun er tekin sem er andstæð vilja barns. Vald barns til þess að hafa áhrif á eigið líf eykst með auknum aldri og þroska barnsins, og vísað er til þess í bæði 5. og 14. gr. sáttmálans, en sú meginregla er oft kölluð reglan um stigvaxandi áhrif barna. Rík áhersla er lögð á virðinguna fyrir auknum þroska barns og þar með aukinni getu þess.<sup>46</sup> Samkvæmt almennri athugasemd barnaréttarnefndarinnar nr. 20 eiga unglingar að fá að hafa meiri áhrif á persónuleg málefni heldur en yngri börn, sbr. 12. gr. barnasáttmálans, í samræmi við aukinn þroska þeirra.<sup>47</sup>

Þátttaka barna á að vera frjáls og óþvinguð, ekki má beita barn þrýstingi eða þvingunum til þess að fá það til þess að taka þátt, enda um að ræða rétt en ekki skyldu. Því er talið æskilegt að fyrir liggja samþykki, helst skriflegt, áður en þátttaka hefst. Barn og forsjáraðilar eiga að fá upplýsingar um eðli þátttökunnar hverju sinni, tilgang hennar og hvernig sjónarmið barna eiga að verða hluti af ákvörðun. Að auki þarf að upplýsa börn fyrirfram um það hverjir fá upplýsingar eða gögn um þátttöku þeirra og framkomnar athugasemdir þeirra og hugmyndir. Þátttaka barna á að þjóna ákveðnum og raunhæfum tilgangi sem þarf að liggja fyrir í upphafi. Börn eiga að finna að framlag þeirra sé mikils metið og að athugasemdum þeirra verði gefið vægi. Þátttaka barna á að vera örugg og ekki að stefna velferð eða heilsu þeirra í hættu. Að lokum þarf að tryggja að börn séu upplýst um vægi sjónarmiðs þeirra og möguleg áhrif þeirra á niðurstöðu málsins.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Þórhildur Líndal, Barnasáttmálinn, rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 26-27.

<sup>47</sup> UNCRC General Comment No. 20 (2016) General comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the Child (6. desember 2016) UN Doc CRC/C/GC/20.

<sup>48</sup> Barn.is, „Þátttaka“ <[https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum\\_skyrsla-2020.pdf](https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum_skyrsla-2020.pdf)>, skoðað 24. september 2020.

Nokkrir fræðimenn hafa þróað kenningar um þátttöku barna í ákvarðanatöku og þá togstreitu að líta á börn sem „verandi“ eða „verðandi“ þátttakendur í samfélaginu. Þegar börn eru skilgreind sem „verðandi“ þátttakendur er gert ráð fyrir því að þau hafi engin áhrif á umhverfi sitt fyrr en þau komast á fullorðinsaldur og þátttaka þeirra er þannig eingöngu undirbúningur fyrir framtíðar samfélagsþátttöku en þau hafa engin raunveruleg áhrif á eigin líf og aðstæður. Þegar börn eru hins vegar skilgreind sem „verandi“ þátttakendur er gert ráð fyrir að börn eigi rétt á því að hafa áhrif á eigin aðstæður sem og samfélagið sem þau búa í. Barnasáttmálinn skilgreinir börn sem „verandi“ þátttakendur.<sup>49</sup>

Laura Lundy er einn helsti sérfræðingur samtímans í samfélagslegri þátttöku barna, í grein sinni um þátttöku barna á grundvelli 12. gr. barnasáttmálans talar hún um fjórar forsendur þess að barn geti raunverulega látið skoðanir sínar í ljós og haft áhrif á ákvarðanatöku er það varðar, þær eru rödd, áheyrn, vettvangur og áhrif. Ein fjögurra forsendna þátttöku barna er sú að veita á börnum þær upplýsingar sem nauðsynlegar eru til þess að þau geti myndað og tjáð skoðanir sínar. Það þarf einnig að upplýsa börn um að þeim sé frjálst að taka þátt en að þau séu ekki skyldug til þess. Að auki þurfa börn að fá að tjá sig á þann máta sem hentar þeim og fá við það þá aðstoð sem þau þurfa. Miðla þarf skoðunum barna til þeirra sem taka ákvörðun hverju sinni og veita þarf skoðunum barna raunverulegt vægi. Börn eiga að fá endurgjöf sem gerir þeim kleift að skilja grundvöll þeirra ákvarðana sem teknar hafa verið.<sup>50</sup>

Ekki gilda neinar reglur um aldurstakmörk vegna þátttöku barna til þess að tjá skoðanir sínar frjállega. Börn á öllum aldri eiga ávallt rétt á því að tjá sig í öllum þeim málum sem þau varða og gefa á skoðunum þeirra vægi í samræmi við aldur og þroska. Grundvallarregla 3. gr. barnasáttmálans á einnig við um þátttöku og ber því að tryggja þátttöku barna án mismununar af nokkru tagi.<sup>51</sup>

### 2.3. Barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna

Barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna var skipuð af Sameinuðu þjóðunum árið 1991 og er falið það verkefni að annast eftirlit með framkvæmd barnasáttmálans í aðildarríkjunum og veita

---

<sup>49</sup> Þátttaka barna í stefnumótun og ákvarðanatöku, Umboðsmaður barna (2020) 26.

<sup>50</sup> Laura Lundy, „‘Voice’ is not enough: conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child“, (Queen’s University 2007).

<sup>51</sup> Barn.is, „Þátttaka“ <[https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum\\_skyrsla-2020.pdf](https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum_skyrsla-2020.pdf)>, skoðað 24. september 2020.

leiðbeiningar um túlkun og beitingu hans í framkvæmd.<sup>52</sup> Öllum aðildarríkjum ber að skila nefndinni reglulega skýrslum um framkvæmd barnasáttmálans, og nefndin aflar jafnan frekari upplýsinga um ástand mála í viðkomandi aðildarríki, m.a. frá óháðum féлага- og mannréttindasamtökum. Á Íslandi hafa umboðsmaður barna og ýmis frjáls félagasamtök tekið þátt í því ferli og sent nefndinni skýrslu. Fulltrúar hvers ríkis mæta síðan á fund nefndarinnar og gera grein fyrir stöðu mála og svara spurningum nefndarmanna. Að lokum gefur nefndin álit sitt á árangri aðildarríkis í innleiðingu og framkvæmd sáttmálans og kemur með ábendingar til aðildarríkja um nauðsynlegar úrbætur. Öllum aðildarríkjum ber skylda til að birta skýrslur sínar og álit nefndarinnar opinberlega.<sup>53</sup> Nefndin tekur einnig á móti kærur frá einstaklingum og veitir álit sitt á grundvelli þriðju valfrjálsu bókunarinnar við barnasáttmálann. Nánar er fjallað um þriðju valfrjálsu bókunina í kafla 2.4.1.

Árið 2020 sendu 11 félagasamtök barnaréttarnefndinni viðbótarskýrslu við fimmtu og sjöttu skýrslu Íslands um framkvæmd barnasáttmálans. Skýrslunni var ætlað að veita íslenska ríkinu nauðsynlegt aðhald með því að benda á hvar og hvernig skorti á að þjónusta við börn sé fullnægjandi. Í skýrslunni kemur fram að ýmislegt hafi breyst til hins betra frá því að þriðju og fjórðu skýrslunni var skilað, en áréttað er að ýmislegt þurfi þó enn að bæta. Þar kemur fram að viðhorf samfélagsins þurfi að breytast þannig að réttur barna til að tjá skoðanir sínar, sbr. 12. gr. sáttmálans, sé virtur. Framkvæði þarf að vera af hálfu stjórnvalda til þess að bjóða börnum að tjá skoðanir sínar í öllum aðstæðum og einnig að upplýsa börn um tjáningarrétt sinn alveg óháð aldri þeirra. Í skýrslunni segir að í nágildandi barna- og barnaverndarlögum sé kveðið á um skilyrði um að barn hafi náð nægilegum þroska til þess að það fái að tjá sig um eigin málefni, sem skýrsluhöfundar telja að sé mistúlkun á 12. gr. barnasáttmálans, enda stendur þar að öll börn, sem myndað geta eigin skoðanir, eigi að hafa færi á að tjá sig frjállega. Í skýrslunni eru jafnframt sett fram tilmæli um að endurskoða þurfi vinnubrögð sýslumanns í málefnum barna, og að breyta eigi barna- og barnaverndarlögum til samræmis við 12. gr. sáttmálans.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Barnaheill.is, „Það sem er barninu fyrir bestu“, <<https://www.barnaheill.is/static/files/Forvarnir-og-fraedsla/Barnasattmalinn/grein-janu-arma-nadar-3.-gr.-barnasa-ttma-lans.pdf>>, skoðað 30. september 2020.

<sup>53</sup> Barn.is, „Nefnd um réttindi barnsins í Genf“, <<https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnarettarnefndin/>>, skoðað 15. september 2020.

<sup>54</sup> Viðbótarskýrsla við fimmtu og sjöttu skýrslu Íslands til Barnaréttarnefndar Sameinuðu þjóðanna 2020 (2020) 5,12,14.

Í skýrslu umboðsmanns barna til barnaréttarnefndar Sameinuðu þjóðanna frá október 2020 er mikilvægi þess að börn fái að taka þátt í ákvarðanatöku sem þau varða sérstaklega áréttað. Eins og áður hefur komið fram eru fjölmörg dæmi um töku ákvarðana sem skipta börn miklu máli, án þess að þeim hafi verið gefið færi á að hafa áhrif þar á.<sup>55</sup>

### 2.3.1. Lokaathugasemdir barnaréttarnefndarinnar um framkvæmd barnasáttmálans

Öll aðildarríki barnasáttmálans skila barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna skýrslu um stöðu innleiðingar sáttmálans á fimm ára fresti sbr. 1. mgr. 44. gr. barnasáttmálans. Í lokaathugasemdum nefndarinnar til aðildarríkja er síðan að finna tilmæli til stjórnvalda viðeigandi ríkis um framkvæmd og innleiðingu sáttmálans, þar kemur m.a. fram hverjar eru helstu áhyggjur nefndarinnar, tilmæli um hverju þarf að breyta og tillögur að úrbótum.<sup>56</sup> Þess er síðan krafist að aðildarríkin kynni skýrslur sínar vel fyrir almenningi.<sup>57</sup>

Í lokaathugasemdum barnaréttarnefndarinnar til Íslands frá árinu 2011 áréttaði nefndin að auka þurfi virðingu fyrir sjónarmiðum barna á öllum sviðum. Nefndin tók sérstaklega fram að barnalög tryggi rétt barna til að móta og tjá eigin skoðanir sem sé mjög jákvætt. Nefndin lýsti jafnframt yfir áhyggjum sínum af því að ekki sé búið að lögfesta skyldu sveitarfélaga til að starfrækja ungmennaráð, enda séu ungmennaráð sveitarfélaga mikilvægur vettvangur fyrir þátttöku barna í eigin nærumhverfi. Að auki lýsti nefndin yfir áhyggjum sínum af því að öll börn á Íslandi hafa ekki jöfn tækifæri til að móta og tjá skoðanir sínar. Nefndin gaf íslenska ríkinu þau tilmæli að setja reglugerðir um starfsemi, hlutverk og umboð ungmennaráða, og tryggja að tillit sé tekið til sjónarmiða barna, hvort sem það sé fyrir dómstólum, í skólum, við meðferð stjórnvæðingumála sem og annarra mála er varða börn, hvort sem um sé að ræða barn með fötlun, börn af erlendum uppruna eða börn sem af annarri ástæðu eru í viðkvæmri stöðu. Ísland mun aftur þurfa að sitja fyrir svörum hjá barnaréttarnefnd Sameinuðu þjóðanna um stöðuna á innleiðingu og framkvæmd barnasáttmálans árið 2021.<sup>58</sup> Vísbendingar um þau atriði sem íslenska ríkið mun þurfa að svara fyrir má finna í athugasemdum barnaréttarnefndarinnar til

<sup>55</sup> Umboðsmaður barna, Supplementary Report From The Ombudsman for Children in Iceland (2020) 13.

<sup>56</sup> Barnvænsveitarfélög.is, „Lokaathugasemdir Barnaréttarnefndarinnar“, <<http://barnvaensveitarfelog.is/barnasattmalinn/lokaathugasemdir-barnarettarnefndarinnar/>>, skoðað 17. október 2020.

<sup>57</sup> Þórhildur Líndal, Barnasáttmálinn, rit um samning sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007) 69.

<sup>58</sup> Umboðsmaður barna, Skýrsla umboðsmanns barna, lögð fram á barnaþingi, 21-22. nóvember 2019, bls. 17.

Íslenskra stjórnvalda frá október 2020. Þar er settur fram listi með spurningum sem nefndin óskar svara við. Meðal þeirra atriða sem nefndin hefur óskað nánari skýringa á eru þátttaka barna á barnaþingi, hlutfall barna í mismunandi aldursflokkum í ungmennaráðum sveitarfélaga og í öðrum ungmennaráðum á vettvangi ríkisins, og hvernig sjónarmið barna voru höfð til hliðsjónar við undirbúning skýrslu Íslands um framkvæmd barnasáttmálans.<sup>59</sup>

#### 2.4. Valfrjálsar bókanir við barnasáttmálann

Fjölmörg dæmi eru um að samþykktar séu svokallaðar valfrjálsar bókanir við alþjóðlega mannréttindasamninga. Valfrjálsar bókanir geta annaðhvort kveðið á um málsmeðferð eða tiltekin efnisleg atriði sem tengjast framkvæmd sáttmálans. Valfrjálsar bókanir við mannréttindasáttmála eru sáttmálar í sjálfu sér og þær er hægt að undirrita, gerast aðili að þeim og lönd sem eru aðilar að samningnum sem valfrjálsar bókanir eru gerðar við, geta fullgilt þær.<sup>60</sup> Ríki eru ekki skuldbundin til að fullgilda slíkar bókanir en þau ríki sem það gera, eru lagalega skuldbundin til þess að fara eftir þeim.<sup>61</sup>

Fyrsta valfrjálsa bókunin við barnasáttmálann var samþykkt á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna þann 25. maí árið 2000. Bókunin sneri að sölu á börnum, barnavændi og barnaklámi. Liður í því að uppfylla ákvæði fyrstu valfrjálsu bókunarinnar hér á landi voru breytingar sem gerðar voru á almennum hegningarlögum með lögum nr. 58/2012 vegna fullgildingar Íslands á Evrópuráðssamningnum um varnir gegn kynferðislegri misneytingu og kynferðislegri misnotkun á börnum. Tvö ný ákvæði voru lögfest, það eru 210. gr. a. og b., en þar má finna skýrari refsíákvæði varðandi bæði barnaklám og þátttöku barna í nektar- og danssýningum. Að auki voru gerðar breytingar á fyrningarfresti brota er varða vændi barna, þátttöku barna í nektarsýningum og mansalsbrot gegn börnum, en helsta breytingin sneri að því að fyrningarfrestur slíkra brota hefist ekki fyrr en við 18 ára aldur barns.

Önnur valfrjálsa bókunin var samþykkt á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna á sama tíma og sú fyrsta en hún fjallar um þátttöku barna í vopnuðum átökum. Samkvæmt bókuninni mega börn yngri en 15 ára ekki taka þátt í vopnuðum átökum sem fjallað er um í 38. gr.

---

<sup>59</sup> CRC/C/ISL/Q/5-6.

<sup>60</sup> Un.org, „Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women“, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/whatis.htm>>, skoðað 11. september 2020.

<sup>61</sup> Barnvaensveitarfelog.is, „Valfrjálsar bókanir við barnasáttmálann“, <<http://barnvaensveitarfelog.is/barnasattmalinn/valfrjalsar-bokanir/>>, skoðað 14. september 2020.

barnasáttmálans. Við fullgildingu bókunarinnar var gefin út yfirlýsing þess efnis að á Íslandi væri ekki her og því væri enginn lágmarksaldur vegna skráningar í slíka þjónustu.<sup>62</sup> Þriðja valfrjálsa bókunin var samþykkt á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna árið 2011 og sneri hún að sjálfstæðri kærueimild barna og fulltrúa þeirra til barnaréttarnefndarinnar. Ísland er aðili að fyrstu og annarri valfrjálsu bókuninni.

#### 2.4.1. Valfrjáls bókun um sjálfstæða kærueimild barna og fulltrúa þeirra.

Þriðja valfrjálsa bókunin var samþykkt á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna þann 19. desember 2011 og tók hún gildi 14. apríl 2014. Með þriðju bókuninni voru börnum og fulltrúum þeirra veitt kærueimild til barnaréttarnefndarinnar vegna meintra brota aðildarríkja gegn ákvæðum barnasáttmálans. Skilyrði fyrir því að hægt sé að kæra brot til Barnaréttarnefndarinnar er m.a. að aðildarríki sé aðili að þriðju valfrjálsu bókuninni<sup>63</sup> en annað formskilyrði bókunarinnar er að öll innlend úrræði þurfa að vera tæmd áður en nefndin getur tekið málið til meðferðar sbr. e-lið 7. gr. bókunarinnar. Þessi regla á þó ekki við ef að innlend úrræði taka óhóflega langan tíma eða ef þau innlendu úrræði sem við eiga og til staðar eru, eru ólíkleg til árangurs. Ekki liggur fyrir hvernig nefndin mun taka á málum þar sem kærueimildir innanlands eru ekki fulltæmdar ef þær aðstæður eru uppi að börn skortir aðildarhæfi til þess að fara með mál sitt fyrir þann innlenda dómstól eða stofnun sem fer með meðferð þeirra mála.<sup>64</sup> Þess ber að geta að valfrjálsa bókunin hvetur meðal annars til þess að aðildarríki hennar þrói barnvæn, innlend úrræði og kærueimildir í þeim tilgangi að börn hafi möguleika á því að leita réttar síns ef talið er að brotið hafi verið á réttindum þeirra.<sup>65</sup> Álit nefndarinnar í kærumálum á grundvelli þriðju valfrjálsu bókunarinnar eru talin vera mjög mikilvægur þáttur í að skýra nánar inntak barnasáttmálans ásamt almennum athugasemdum nefndarinnar.<sup>66</sup> Barnaréttarnefndin hefur ítrekað lagt mikla áherslu á að börn geti sjálf komið kvörtunum á framfæri og að þær leiðir sem börnum standa til boða séu bæði barnvænar og skilvirkar.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

<sup>63</sup> Barn.is, „Nefnd um réttindi barnsins í Genf“, <<https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnarettarnefndin/>>, skoðað 1. október 2020.

<sup>64</sup> Alþt. 2019-2020, A-deild, 73. mál, Umsögn utanríkisráðuneytisins um þingsályktunartillögu.

<sup>65</sup> Sama heimild.

<sup>66</sup> Barn.is, „Nefnd um réttindi barnsins í Genf“, <<https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnarettarnefndin/>>, skoðað 15. september 2020.

<sup>67</sup> Umboðsmaður barna, Helstu áhyggjur (2017) 11.

Skiptar skoðanir hafa verið um tilkomu og áhrif þriðju valfrjálsu bókunarinnar en aðeins 46 aðildarríki Sameinuðu þjóðanna hafa fullgilt hana. Sex ríki hafa aðeins undirritað bókunina en ekki fullgilt hana. 144 aðildarríki barnasáttmálans hafa þannig kosið að stíga ekki skrefið til fulls og undirrita eða fullgilda bókunina. Þetta gildir einnig um Norðurlöndin en aðeins hafa Finnland og Danmörk fullgilt bókunina.

Ísland hefur ekki gerst aðili að bókuninni,<sup>68</sup> þó var tillaga til þingsályktunar um undirritun og fullgildingu þriðju valfrjálsu bókunarinnar við barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna lögð fram á 148. löggjafarþingi, en náði ekki fram að ganga. Málið var endurflutt á 149. löggjafarþingi og á 150. löggjafarþingi, óbreytt, en í hvorugt skiptið náði það fram að ganga. Í greinargerðinni með þingsályktunartillögunni kemur fram að mikilvægt sé að grípa til aðgerða sem miði að því að gera börnum kleift að leita réttar síns með virkari hætti hér á landi en nú er raunin, því sé mikilvægt að íslensk stjórnvöld undirriti og fullgildi bókunina. Í greinargerðinni er jafnframt sett fram hugmynd að útfærslu bókunarinnar, með sérstöku átaki þar sem stjórnvöldum og sérstaklega úrskurðaraðilum væri boðin fræðsla um þær kröfur sem barnasáttmálinn gerir um þjónustu við börn og sjálfstætt aðgengi þeirra að upplýsingum og ráðgjöf.<sup>69</sup> Litið hefur verið svo á að bókunin efli réttindi barna, þá sérstaklega þeirra barna sem eru í viðkvæmri stöðu. Að auki styrkir bókunin sjálfstæðar mannréttindastofnanir sem starfa fyrir börn, þá t.d. umboðsmann barna eða aðrar sambærilegar stofnanir, innan þeirra landa sem hafa fullgilt eða lögfest bókunina. Til þess að tryggja að öll börn hefðu aðgengi að kvörtunarleið barnaréttarnefndarinnar þyrfti að gera hana auðskiljanlega og aðgenga fyrir börn. Upplýsa þyrfti börn um kvörtunarleiðina og ferlið sjálft. Með þessu væri börnum gert kleift að koma sjálf ábendingum sínum á framfæri með ríkum stuðningi.<sup>70</sup>

Dómsmálaráðherra fékk fyrirspurn á Alþingi árið 2018 þar sem ráðherra var beðinn um að svara því hvort hann hygðist setja fram tillögu um að Ísland gerist aðili að þriðju valfrjálsu bókuninni með því að fullgilda hana. Í fyrirspurninni var jafnframt farið fram á skýringar á því af hverju bókunin hafi ekki verið fullgilt. Í svari dómsmálaráðherra kom fram að ekki hafi verið tekin formleg afstaða til þess hvort og þá hvenær þriðja valfrjálsa bókunin yrði fullgilt hér á

---

<sup>68</sup> Stjórnarráðið.is, „Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins“, <<https://www.stjornarradid.is/default.aspx?PageID=fb2150e3-ed02-4923-a490-f1fdfe76896c>>, skoðað 30. september 2020.

<sup>69</sup> Alþt. 2017-2018, A-deild. þskj. 591 – 417. mál.

<sup>70</sup> Stjórnarráð Íslands, Drög að stefnu um barnvænt Ísland (2020), 11-12.



landi. Ástæða þess væri meðal annars sú að sérfræðingar ráðuneytisins töldu bókunina þarfnast frekari skoðunar við, t.d. með hliðsjón af því hvort og hvaða breytingar þurfi að gera á lögum og lagaframkvæmd til þess að hægt sé að fullgilda hana. Dómsmálaráðherra benti jafnframt á að bókunin hafi tekið gildi árið 2014 og þegar svar barst í mars 2018 hafði aðeins eitt mál verið tekið til efnislegrar meðferðar af barnaréttarnefndinni og því væri lítil reynsla komin á framkvæmd bókunarinnar. Í svari við fyrirspurninni kom einnig fram að dómsmálaráðherra hafi falið stýrihóp Stjórnarráðsins í mannréttindum að taka bókunina og fullgildingu hennar til umfjöllunar en enn sem komið er liggur ekki fyrir nein ákvörðun þar að lútandi.<sup>71</sup>

Í umsögn sinni um þingsályktunartillögu um fullgildingu bókunarinnar bendir utanríkisráðuneytið á að Ísland sé þegar leiðandi þegar kemur að mannréttindum, bæði heima fyrir og einnig sem málsvári þeirra á erlendum vettvangi.<sup>72</sup> Samkvæmt drögum að stefnu um barnvænt Ísland sem fjallað er um í kafla tvö, eiga íslensk stjórnvöld undir forystu dómsmálaráðuneytisins að fullgilda þriðju valfrjálsu bókunina og tryggja þannig börnum aðgengi að kvörtunarferli barnaréttarnefndarinnar og því ljóst að vísbendingar eru um að fullgilding þriðju valfrjálsu bókunarinnar muni eiga sér stað í náinni framtíð.<sup>73</sup>

Félagasamtökin Barnaheill hafa hvatt stjórnvöld opinberlega til að undirrita og fullgilda þriðju valfrjálsu bókunina við barnasáttmálann, en þau telja að það sé afar brýnt sem liður í því að styrkja mannréttindi barna hér á landi og sem viðurkenning á því að börn séu í raun einstaklingar með sjálfstæð réttindi, án mismununar og óháð stétt þeirra eða stöðu.<sup>74</sup>

Í ársskýrslu umboðsmanns barna sem gefin var út árið 2017 kemur m.a. fram að það myndi þjóna hagsmunum barna ef að íslenska ríkið myndi fullgilda og innleiða þriðju valfrjálsu bókunina við barnasáttmálann. Umboðsmenn barna á Norðurlöndunum gáfu út sameiginlega yfirlýsingu í október 2014 þar sem ríkisstjórnir Norðurlandanna eru hvattar til að styrkja mannréttindi barna með því að undirrita og fullgilda þriðju valfrjálsu bókunina. Í yfirlýsingunni er mikilvægi þess að börn geti leitað réttar síns og farið með mál til barnaréttarnefndarinnar áréttað.<sup>75</sup> Umboðsmaður barna á Íslandi gaf út skýrslu til barnaréttarnefndar Sameinuðu

---

<sup>71</sup> Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 666 – 327. mál.

<sup>72</sup> Alþt. 2019-2020, A-deild, 73. mál, Umsögn utanríkisráðuneytisins um þingsályktunartillögu.

<sup>73</sup> Stjórnarráð Íslands, Drög að stefnu um barnvænt Ísland (2020), 12.

<sup>74</sup> Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 156 mál., Umsögn Barnaheilla um frumvarpið.

<sup>75</sup> Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 591 – 417. mál.



Þjóðanna í október 2020 en þar koma fram tillögur umboðsmanns barna um það sem betur má fara er kemur að börnum á Íslandi. Í skýrslunni kemur m.a. fram að það sé mat umboðsmanns barna að Ísland eigi að staðfesta þriðju valfrjálsu bókunina, enda sé það nauðsynlegt skref til þess að styrkja réttindi barna hérlandis.<sup>76</sup>

Töluverð umfjöllun hefur verið í Noregi síðastliðin ár um þriðju valfrjálsu bókunina. Þingsályktunartillaga um fullgildingu bókunarinnar var lögð fram á norska þinginu í júní 2012 og í kjölfarið var sérfræðingi falið það verkefni að framkvæma óháða og sjálfstæða rannsókn á áhrifum innleiðingar bókunarinnar í norskan rétt. Ríkisstjórn Noregs mælti ekki með því að fullgilda bókunina á grundvelli rannsóknarinnar og hlaut bókunin því ekki samþykki á norska þinginu. Það sem helst var gagnrýnt í þeirri umræðu var skert aðildarhæfi barna að dómstólum, en það leiðir til þess að börn hafa ekki raunhæfan kost á að tæma kæruleiðir innanlands áður en brot yrðu kærð til barnaréttarnefndarinnar.<sup>77</sup>

Í lokaathugasemdom barnaréttarnefndarinnar til íslenska ríkisins um þriðju og fjórðu skýrslu Íslands um framkvæmd barnasáttmálans, mæltist barnaréttarnefndin til þess að íslenska ríkið íhugaði að umboðsmanni barna yrði veitt vald til þess að taka einstaka kærur til meðferðar. Barnaréttarnefndin ítrekaði þetta síðan í fimmtu og sjöttu skýrslu sinni árið 2018. Umboðsmaður barna hefur hins vegar ekki sóst eftir þessu hlutverki, en stofnunin hefur viljað halda hlutleysi sínu sem opinber talsmaður barna. Umboðsmaður barna hefur þó skorað á stjórnvöld að tryggja að fullu aðgengi barna að þeim kæruleiðum sem til staðar eru.<sup>78</sup>

Í Svíþjóð var barnasáttmálinn fullgiltur árið 1990 en einnig hafa fyrstu tvær valfrjálsu bókanirnar við sáttmálann verið fullgiltar. Barnasáttmálinn var hins vegar ekki leiddur í lög þar í landi fyrr en í upphafi árs 2020.<sup>79</sup> Helstu ástæður þess hve langan tíma það tók að lögfesta barnasáttmálann í Svíþjóð má rekja til þess að breyta þurfti sænskum lögum til samræmis við barnasáttmálann, en stjórnvöld undirbjuggu sig vel fyrir lögfestingu sáttmálans með útgáfu

---

<sup>76</sup> Umboðsmaður barna, Supplementary Report From The Ombudsman for Children in Iceland (2020) 5.

<sup>77</sup> Alþt. 2019-2020, A-deild, 73. mál, Umsögn utanríkisráðuneytisins um þingsályktunartillögu.

<sup>78</sup> Stjórnarráðið, Fimmta og sjötta skýrsla Íslands um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (2018) 10.

<sup>79</sup> Sweden.se, „Sweden – Where children count“, < <https://sweden.se/society/sweden-where-children-count/>>, skoðað 1. október 2020.

leiðbeininga og vegvísa sem miða að framkvæmd sáttmálans. Mikill þrýstingur hafði verið á sænsk stjórnvöld að lögfasta barnasáttmálann þar í landi.<sup>80</sup>

Stjórnvöld þar í landi hafa ekki gefið út yfirlýsingu þess efnis að þau ætli sér að undirrita eða fullgilda þriðju valfrjálsu bókunina. Embætti umboðsmanns barna í Svíþjóð gerði úttekt á aðgangi barna að dómsstólum og öðrum réttarkerfum, í kjölfar tilkomu þriðju valfrjálsu bókunarinnar, í þeim tilgangi að kanna hvort að sænsk börn gætu leitað úrræða innanlands ef brotið væri á þeim. Niðurstöðurnar voru þær að aðgangur barna að slíkum úrræðum væri afar takmarkaður og taldi umboðsmaður brýnt að stjórnvöld myndu styrkja leiðir barna til að fá úr rétti sínum skorið ef brotið er á þeim, þá til dæmis með því að embættinu yrði falin heimild til að taka að sér mál einstaka barna, rannsaka þau og jafnframt vera fulltrúi barns í málinu. Í Finnlandi hefur verið lögð rík áhersla á að kærueheimildin til barnaréttarnefndarinnar sé lokaúrræði og jafnframt hefur verið bent á mikilvægi þess að styrkja innanlandsúrræði svo að hægt sé að tæma allar kæruleiðir innanlands áður en farið er með mál fyrir nefndina.<sup>81</sup> Þriðja valfrjálsa bókunin var fullgilt í Danmörku þann 7. október 2015<sup>82</sup>, en bókunin hefur verið afar umdeild í Danmörku.<sup>83</sup> Það sem hefur verið gagnrýnt einna helst er sú staðreynd að álit barnaréttarnefndarinnar eru ekki lagalega bindandi, heldur aðeins ráðgefandi. Að auki hefur það verið gagnrýnt hve langan tíma það tekur fyrir barn að nýta sér kæruleið barnaréttarnefndarinnar, en eins og fyrr segir þurfa allar kæruleiðir innanlands að vera tæmdar áður en hægt er að leita til nefndarinnar, ef umræddar leiðir eru raunverulega aðgengilegar börnum og virk og raunhæf úrræði. Ferlið innanlands getur því tekið langan tíma, síðan bætist við sá tími sem málið er til meðferðar hjá barnaréttarnefndinni og þannig má velja því sjónarmiði upp hvort um raunverulega réttarbót fyrir börn sé að ræða þegar langan tíma tekur að fá endanlega niðurstöðu, sem varðar til dæmis þjónustu við barn, sem er jafnvel orðið fullorðið þegar úr málinu fæst skorið og mun því ekki njóta umræddrar þjónustu.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Government.se, „Questions and answers about incorporating UN Convention on the Rights of the Child into Swedish law“, < <https://www.government.se/articles/2018/04/questions-and-answers-about-incorporating-un-convention-on-the-rights-of-the-child-into-swedish-law/>>, skoðað 17. október 2020.

<sup>81</sup> Alþt. 2019-2020, A-deild, 73. mál, Umsögn utanríkisráðuneytisins um þingsályktunartillögu.

<sup>82</sup> OHCHR.org, „Celebrating 30 years of the Convention on the rights of the child“, <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/CRC30Pledges/Pages/Denmark.aspx>>, skoðað 16. október 2020.

<sup>83</sup> Alþt. 2019-2020, A-deild, 73. mál, Umsögn utanríkisráðuneytisins um þingsályktunartillögu.

<sup>84</sup> Charlotte Philips, 3rd Optional Protocol to the CRC on Communications Procedure (2013) 7-8.

Þrátt fyrir að skiptar skoðanir séu á mikilvægi og ágæti þriðju valfrjálsu bókunarinnar sem úrræði fyrir börn, er þó almennt litið svo á, að með gildistöku bókunarinnar hafi stór skref verið stigin í mannréttindabaráttu barna. Því hefur verið haldið fram að bókunin sé stærsti sigur í réttindabaráttu barna frá gildistöku barnasáttmálans og því er það ekki síður mikilvægt að íslensk stjórnvöld undirriti og fullgildi bókunina<sup>85</sup> enda myndi það gera réttindi barna sýnilegri og veita stjórnvöldum aðhald. Um langa hríð var talið að foreldrar þyrftu að taka allar ákvarðanir fyrir hönd ólögráða barna, nema í þeim tilvikum þar sem annað væri sérstaklega tekið fram í lögum. Í dag hafa viðhorfin þó breyst enda er þekkingin meiri auk þess sem að mikil þróun hefur orðið í mannréttindamálum og því er í auknum mæli viðurkennt að börn eiga að njóta sjálfstæðra réttinda, óháð vilja eða afstöðu foreldra sinna.<sup>86</sup>

Sérstakt athugunarefni varðandi aðgang barna að kvörtunar- og kæruleiðum eru þær aðstæður þegar börn njóta ekki stuðnings foreldra eða annarra forsjáradila við að leita réttar síns eða í þeim tilvikum þar sem hagsmunir barna og foreldra þeirra fara ekki saman. Mikilvægt er að börn hafi greiðan aðgang að upplýsingum við hæfi um það hvert þau geta leitað þegar þau telja á sér brotið, en einnig er mikilvægt að börn fái aðgang að málum er snúa að þeim og að þau fái að tjá sig um málefni er þau varða áður en tekin er ákvörðun, sér í lagi þegar ákvarðanir hafa mikil áhrif á daglegt líf barnsins.

Til þess að ná því markmiði sem stefnt er að með þriðju valfrjálsu bókuninni þyrfti fyrst að koma á fót kæruleiðum innanlands fyrir börn, sem væru barnvænlegar og með hagsmuni barna að leiðarljósi, til þess að börn gætu tæmt kæruleiðir innan stjórnsýslunnar til að eiga raunverulegan kost á því að nýta sér kæruleið til barnaréttarnefndarinnar. Til þess að svo megi verða þarf að tryggja barnvænt aðgengi hjá öllum stofnunum sem koma að málefnum barna og veita börnunum upplýsingar við hæfi og stuðning til að gera þeim kleift að taka upplýstar ákvarðanir um það hvort þau velji að láta mál til sín taka hverju sinni. Samkvæmt könnun embættis umboðsmanns barna um framkvæmd barnasáttmálans hjá ráðuneytum og öðrum stofnunum ríkisins er mikið verk óunnið á því sviði og að grípa þarf til fjölbreyttra ráðstafana

---

<sup>85</sup> Alþt. 2017-2018, A-deild. þskj. 591 – 417. mál.

<sup>86</sup> Umboðsmaður barna, Helstu áhyggjuefni (2017) 11.

eigi íslenska ríkið að uppfylla skyldur sínar samkvæmt 12. gr. barnasáttmálans, um að tryggja börnum raunverulega möguleika á þátttöku í öllum málum sem varða þau sérstaklega.<sup>87</sup>

### 3. Söguleg þróun barnalaga

Ekki er hægt að gefa skýra og samfellda mynd af sögulegri þróun réttarreglna er snúa að foreldrum og börnum enda hefur fjölskyldan sem félagslegt fyrirbæri tekið miklum breytingum, en núgildandi lög byggja því á hugmyndum nútímans um samsetningu og hlutverk fjölskyldunnar.<sup>88</sup> Hér eftir verða raktir helstu áfangar á sviði íslenskrar barnalöggjafar.

#### 3.1. Lög nr. 46/1921 og 57/1921

Árið 1921 urðu þáttaskil í löggjöf um réttarstöðu barna á Íslandi, en þá tóku gildi tvenn ný lög, annars vegar lög nr. 46/1921, um afstöðu foreldra til óskilgetinna barna og hins vegar lög nr. 57/1921, um afstöðu foreldra til skilgetinna barna. Gildandi barnalög eru reist á þeim grunni sem lagður var í þessum fyrstu lagabálkum.<sup>89</sup>

Fyrir gildistöku umræddra laga var löggjöf um stöðu barna afar brotakennd og fór aðallega eftir því hvort þau voru skilgetin eða óskilgetin.<sup>90</sup> Óskilgetin voru þau börn sem hvorki voru fædd í hjúskap móður sinnar né svo skömmu eftir hjúskaparslit að þau hafi hugsanlega verið getin í hjúskapnum, eða þegar faðerni þeirra hefur verið vefengt með dómi.<sup>91</sup> Lítið var á þessi börn sem „annars flokks“ þjóðfélagsþegna en þau tóku t.d. ekki arf eftir föður sinn og þeim var heldur ekki tryggt samneyti við föðurfjölskyldu sína. Þau börn sem voru getin eftir að brúðkaup foreldra þeirra hafði farið fram, voru talin skilgetin.<sup>92</sup> Megintilgangur lagabreytingarinnar árið 1921 var að jafna réttarstöðu skilgetinna og óskilgetinna barna.<sup>93</sup> Þessir tveir lagabálkar tóku margvíslegum breytingum í gegnum árin, þá sérstaklega þegar sett voru lög um almannatryggingar árið 1946, lögræðislög árið 1947 og ný erfðalög árið 1962. Í lögum var lítið að finna um réttindi barna eða hagsmuni þeirra. Í lögum um skilgetin börn var að finna kafla sem bar yfirskriftina „foreldravald“, en þar var lögð áhersla á það vald sem foreldrar höfðu yfir

<sup>87</sup> Umboðsmaður barna, Innleiðing barnasáttmálans, Staða á innleiðingu barnasáttmálans 2020.

<sup>88</sup> Ármann Snævarr, *Sifjaréttur* (Háskólaútgáfan 1988) 31.

<sup>89</sup> Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, Bókaútgáfa Orators (1995) 46.

<sup>90</sup> Hrefna Friðriksdóttir, *Handbók barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum* (Úlfjótur 2013) 7.

<sup>91</sup> Björn Þ. Guðmundsson, *Lög bókin þín*, (Örn og Örlygur (1989), 324.

<sup>92</sup> Þyri Halla Steingrimsdóttir, *Það sem barninu er fyrir bestu* (2. útgáfa, Úlfjótur, tímarit laganema 2004) 175.

<sup>93</sup> Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, Bókaútgáfa Orators (1995) 46-47.

börnum sínum og útskýrt hvað fælist í því. Einnig kom fram í lögnum að foreldrar hefðu umráðarétt yfir skilgetnum börnum sínum fram að 16 ára aldri.<sup>94</sup>

Á sjötta áratugnum störfuðu norrænar samstarfsnefndir að endurskoðun tiltekinna atriða í barnalöggjöfinni, þá aðallega varðandi ákvæði um vefengingu á faðerni skilgetinna barna, um niðurfellingu ættleiðingar, og um faðerni barna, sér í lagi með hliðsjón af hinni öru þróun sem orðið hafði í blóðflokkavísindum. Auk þess var farið að ræða um stöðu þeirra barna sem áttu foreldra sem ekki bjuggu saman, þá fyrst og fremst hvort og í hve miklu mæli ætti að viðurkenna umgengnisrétt í þessum tilvikum. Voru í kjölfarið sett ný lög hjá flestum nágrannaríkjum okkar<sup>95</sup> en sú þróun átti stóran þátt í því að sett voru heildstæð barnalög hér á landi.<sup>96</sup>

### 3.2. Lög nr. 9/1981

Fyrsta heildstæða barnalöggjöfin var sett á Íslandi með lögum nr. 9/1981. Síðan lögin tóku gildi hafa orðið miklar breytingar á stöðu barnafjölskyldna og hlutverki fjölskyldumeðlima. Það sem helst má nefna er jöfn staða og möguleikar beggja foreldra til að taka virkan þátt í uppeldi barns síns auk áherslu á að hafa að leiðarljósi hagsmuni og þarfir barns.<sup>97</sup> Með gildistöku laganna var horfið frá því fyrirkomulagi að skilgreina réttarstöðu barna eftir því hvort þau teldust skilgetin eða óskilgetin, þó svo að hugtökin hafi áfram verið í lögnum. Að auki höfðu viðhorf til barna sem aðila sem eiga sjálfstæð réttindi, óháð réttindum fullorðinna, hlotið aukið vægi síðustu ár sem endurspeglast að einhverju leyti í ákvæðum laganna. Sjónarmiðið um að gera það sem barninu er fyrir bestu kom fram í lögnum, en í mörgum ákvæðum var það beinlínis tekið fram að þarfir og hagsmunir barna skyldu vera útgangspunktur við úrlausn ágreiningsmála. Auk þess kom fram í lögnum að hagsmunir annarra aðila, t.d. foreldra, skyldu víkja fyrir hagsmunum barnsins.<sup>98</sup>

Eins og fyrr segir hafði ekki tekist að jafna hlut skilgetinna og óskilgetinna barna í löggjöf en markmið þessara fyrstu heildstæðu barnalaga var m.a. að jafna hlut barna sem fædd voru í hjónabandi og utan hjónabands. Með lögnum voru börnum sambúðarforeldra í raun veitt sama réttarstaða og börnum giftra foreldra.<sup>99</sup> Í lögnum var að finna ýmis nýmæli, svo sem um

---

<sup>94</sup> Þyrí Halla Steingrimsdóttir, Það sem barninu er fyrir bestu (2. útgáfa, Úlfljótur, tímarit laganema 2004) 175.

<sup>95</sup> Alþt. 1979-1980, A-deild, þskj. 154 – 103. mál.

<sup>96</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Handbók barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum (Úlfljótur 2013) 8.

<sup>97</sup> Sama heimild, 7.

<sup>98</sup> Þyrí Halla Steingrimsdóttir, Það sem barninu er fyrir bestu (2. útgáfa, Úlfljótur, tímarit laganema 2004) 176.

<sup>99</sup> Alþt. 1991-1992, A-deild, þskj. 73 – 72. mál.

meðferð faðernismála og ákvarðanir um framfærslu barna. Í lögnum var jafnframt að finna önnur nýmæli sem kváðu á um að foreldrum bæri að hafa samráð við börn sín áður en persónulegum málefnum þeirra yrði ráðið til lykta, eftir því sem er gerlegt væri, með tilliti til þroska barnsins hverju sinni.<sup>100</sup> Í lögnum var einnig kveðið á um gagnkvæman rétt barns og foreldris sem ekki fer með forsjá, til umgengni, alveg óháð því hvort eða þá með hvaða hætti foreldrar hefðu hagað samvistum sínum fyrir fæðingu barns. Þegar frumvarpið var samið benti sifjanefnd á að athuga þyrfti hvort skipa ætti sérstakan umboðsmann barna, en nefndin setti jafnframt fram hugmyndir sínar um stofnun embættis umboðsmanns barna í fylgiskjali með frumvarpinu. Nefndin komst að þeirri niðurstöðu að hentugt væri að setja sérlög um umboðsmann barna og í framhaldi af því var embætti umboðsmanns barna komið á fót árið 1995, með lögum nr. 83/1994.<sup>101</sup>

### 3.3. Lög nr. 20/1992

Árið 1992 var barnalöggjöfin endurskoðuð í heild sinni með setningu laga nr. 20/1992, í kjölfar gildistöku barnasáttmálans árið 1989. Í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 20/1992 var lagt til að hugtökin skilgetið og óskilgetið barn yrðu afnumin, enda þótti það eðlilegt að fjallað væri um réttarstöðu barna samfelld, án þess að börn yrðu flokkuð eftir hjúskaparstöðu móður.<sup>102</sup> Í athugasemdum með frumvarpinu var að finna orðalagið „hagur barns og þarfir og það sem barni er fyrir bestu“, en hér var þetta orðalag fyrst nefnt til sögunnar sem undirstöðusjónarmið barnalaga. Tekið var sérstaklega fram að sjónarmiðið um að gera ávallt það sem barninu er fyrir bestu, skyldi haft að leiðarljósi við úrlausn allra mála bæði hjá stjórnvöldum og dómstólum. Umfjöllun um barnasáttmálann var að finna í almennum athugasemdum með frumvarpinu, en tekið var fram að hliðsjón var höfð af ákvæðum hans og taldi sifjalaganefndin að ákvæði laganna væru í samræmi við sáttmálann. Sérstaklega var tekið fram að það nýmæli um rétt barna til þess að tjá sig í þeim málum er vörðuðu hagsmuni þeirra, byggðist á 12. gr. barnasáttmálans.<sup>103</sup>

Nokkrar efnisbreytingar voru gerðar í hinni nýju löggjöf er vörðuðu faðerni, þar á meðal var tekið tillit til umræðu sem var hafin um nauðsyn þess að til væru lög um tæknifrjógungun á Íslandi. Sú breyting sem gerð var á sameiginlegri forsjá var óneitanlega merkilegasta breytingin

<sup>100</sup> Alþt. 1980-1981, A-deild, þskj. 5 – 5. mál.

<sup>101</sup> Alþt. 1980-1981, A-deild, þskj. 5 – 5. mál.

<sup>102</sup> Alþt. 1991-1992, A-deild, þskj. 73 – 72. mál.

<sup>103</sup> Þyrí Halla Steingrímsdóttir, Það sem barninu er fyrir bestu (2. útgáfa, Úlfjótur, tímarit laganema 2004) 176.

sem kom með nýju lögnum. Heimild foreldra til að semja um að fara sameiginlega með forsjá barns án þess að foreldrar byggju saman var lögfest, en samskonar breyting hafði þá þegar átt sér stað á öllum Norðurlöndunum, en útfærslan var þó ekki eins í öllum ríkjunum. Áhersla var lögð á að foreldrar sem fara sameiginlega með forsjá barns skyldu taka allar meiriháttar ákvarðanir um líf barnsins í sameiningu en gengið út frá því að lögheimilisforeldrið hefði rýmri heimildir til að taka ýmsar ákvarðanir. Ef foreldrar deildu um umgengni eða meðlag var ekki talinn grundvöllur fyrir því að foreldrar færu sameiginlega með forsjá yfir barni. Samkomulag foreldra var því talinn órjúfanlegur þáttur í sameiginlegri forsjá.<sup>104</sup> Í frumvarpinu var lagt til að dómsmálaráðuneytið myndi aðeins leysa úr ágreiningi foreldra um forsjá barns þegar foreldrar væru sammála um að leita úrlausnar ráðuneytisins. Ef foreldrar væru ósammála yrði það í höndum dómstóla að leysa úr málinu, á sambærilegan hátt og tíðkaðist í Noregi á þessum tíma. Með lögnum voru gerðar ýmsar breytingar á umgengnisrétti, helsta breytingin var sú að úrlausn um ágreining foreldra vegna umgengni var færður til sýslumanns, en hægt var að skjóta úrskurði sýslumanns til dómsmálaráðuneytisins. Talið var að það myndi auka réttaröryggi með því að tvö stjórnarsýslustig gætu fjallað um málið. Lagt var til með frumvarpinu að lögfesta ákvæði sem stuðlaði að því að það foreldri sem fer eitt með forsjá barns sjái til þess að forsjárlausa foreldrið njóti umgengni við barnið, nema slíkt væri talið andstætt hagsmunum og þörfum barnsins að mati stjórnvalds. Reglan gildi einnig um það þegar foreldrar höfðu samið um að fara sameiginlega með forsjá barns.<sup>105</sup> Áhersla var lögð á að vernda og virða rétt barna og að við allar úrlausnir ætti að hafa það að leiðarljósi hvað væri barni fyrir bestu hverju sinni.<sup>106</sup> Þau nýmæli var einnig að finna í frumvarpinu að gefa ætti barni sem væri orðið 12 ára eða eldra, kost á því að tjá sig í forsjármáli, nema það væri talið andstætt hagsmunum þess. Jafnframt var tekið fram í ákvæðinu að heimilt væri að ræða við yngra barn ef slíkt þótti réttmætt miðað við aldur og þroska þess.<sup>107</sup>

#### 3.4. Lög nr. 76/2003 með síðari breytingum

Tæpur áratugur leið þar til breytingar voru aftur gerðar á barnalöggjöfinni, en þá tóku við núgildandi barnalög nr. 76/2003, hér eftir bl. Miklar breytingar höfðu orðið á viðhorfum og sjónarmiðum í barna- og fjölskyldurétti og því þótti full ástæða til þess að endurskoða

<sup>104</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Handbók: barnalögin nr. 76/2013 með síðari breytingum (Úlfljótur 2013) 8-9.

<sup>105</sup> Alþt. 1991-1992, A-deild, þskj. 73 – 72. mál.

<sup>106</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Handbók: barnalögin nr. 76/2013 með síðari breytingum (Úlfljótur 2013) 8.

<sup>107</sup> Alþt. 1991-1992, A-deild, þskj. 73 – 72. mál.

barnalöggjöfina í ljósi fenginnar reynslu og þróunar.<sup>108</sup> Hér verða rakin helstu nýmæli laganna. Með lögnum var lögð sú skylda á herðar mæðra að feðra barn sitt, þar sem talið var að barn hefði augljósa hagsmuni af því að vera feðrað. Með þessu var stefnt að því að réttur barns til þess að þekkja báða foreldra sína yrði tryggður, en mælt er fyrir um þann rétt barns í barnasáttmálanum, nánar tiltekið í 7. gr. hans. Ekki þótti þó rétt að leggja til að viðurlögum yrði beitt ef móðir feðraði ekki barn sitt. Lögfest voru ákvæði sem snéru að bæði móðerni barns við tæknifrjövgun og réttarstöðu sæðisgjafa. Heimild manns sem telur sig föður barns til að höfða faðernismál var lögfest, en í eldri lögum voru það einungis barnið sjálft eða móðir barnsins sem gat höfðað faðernismál fyrir dómstólum. Ástæða þessarar breytingar voru þau sjónarmið sem lögð voru til grundvallar í dómi Hæstaréttar frá 18. desember 2000, en þar var fjallað um heimild manns til þess að fá úr því skorið með dómi hvort hann væri faðir barns. Samkvæmt þágildandi barnalögum gat maðurinn ekki verið sóknaraðili í málinu en hann taldi allar líkur á að hann væri líffræðilegur faðir barnsins og krafðist hann viðurkenningar á því. Héraðsdómur vísaði málinu frá á þeim grundvelli að maðurinn gæti ekki átt aðild að málinu. Niðurstaða Hæstaréttar var hins vegar sú að takmarkanir barnalaga á aðild í faðernismálum gátu ekki staðið í vegi fyrir því að maðurinn fengi úrlausn dómstóla um efniskröfur sínar. Dómurinn taldi jafnframt að umrædd ákvæði barnalaga brytu í bága við 70. gr. stjórnarskrárinnar.<sup>109</sup> Með frumvarpi sem varð að lögum nr. 92/2018, sem lagt var fram og samþykkt á Alþingi árið 2018, var réttur manns sem taldi sig vera föður barns rýmkaður enn frekar. Með lögnum var manni sem taldi sig föður barns gert kleift að höfða faðernismál án nokkurra takmarkana. Jafnframt var gerð breyting á málsaðild í dómsmálum til vefengingar á faðerni barns eða ógildingar á faðernisviðurkenningu, sem leiddi til þess að maður sem telur sig föður barns geti höfðað mál til þess að fá faðernið leiðrétt.<sup>110</sup> Settar voru fram forsjárskyldur með skýrari hætti en áður hafði verið gert. Í frumvarpinu kom fram það nýmæli að ein af forsjárskyldunum væri að vernda barn gegn andlegu og líkamlegu ofbeldi og annarri vanvirðandi háttsemi.<sup>111</sup> Starfshópi sífjalaganefndar var falið að láta í té álit sitt á nokkrum atriðum vegna endurskoðunar á barnalöggjöfinni. Sú regla var afnumin að barn þyrfti að vera orðið 12 ára gamalt til þess að fá að tjá sig um mál. Réttur barns til þess að tjá sig um mál varð því bundinn við að barn hafi náð nægilegum þroska til þess að tjá

---

<sup>108</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Handbók: barnalögin nr. 76/2013 með síðari breytingum (Úlfjótur 2013) 9.

<sup>109</sup> Alþt. 2002-2003, A-deild, þskj. 181 – 180. mál.

<sup>110</sup> Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 334 – 238. mál.

<sup>111</sup> Alþt. 2002-2003, A-deild, þskj. 181 – 180. mál.



sig um mál en ekki þótti rétt að binda þann rétt við ákveðinn aldur barns, líkt og áður hafði verið gert. Ekki þótti hægt að líta fram hjá því að börn yngri en 12 ára væru fær um að mynda sér skoðun, taka afstöðu og láta í ljós afdráttarlausan vilja sinn. Fram kom að þó svo að aldurinn væri vissulega leiðbeinandi, þá þyrfti samt sem áður að taka tillit til annarra atriða í forsjár- og umgengnismálum. Þroski jafngamalla barna getur verið mismikill, eðli deilumálanna gat einnig gert það að verkum að vandi barnanna væri mismikill þegar kom að því að tjá sig um einkahagi. Starfshópurinn lagði ýmis sjónarmið til grundvallar eins og að til þess að hægt sé að varpa ljósi á vilja barns þurfi að ræða við það. Starfshópurinn taldi að leggja þyrfti mat á það hvað lægi að baki skoðunum barns, jafnframt væri ljóst að sum börn hefðu myndað sér skoðun og vildu tjá sig en vildu samt ekki að þau yrðu gerð ábyrg fyrir niðurstöðu málsins. Einnig var því teft fram að sum börn, sér í lagi börn á forskólaaldri hefðu ekki myndað sér skoðun um málið sem þau gætu tjáð beint í orðum. Starfshópurinn taldi að réttur barns til að tjá sig um mál hafi naumast verið virtur nema reynt hafi verið að leggja mat á samband þess við sína nánustu með óbeinum aðferðum, þá t.d. með fjölskyldutengslaprófi. Það var því mat starfshópsins og einnig í samræmi við 12. gr. barnasáttmálans að tryggja ætti barni sem að myndað gæti eigin skoðanir rétt til að láta þær frjálsglega í ljós í öllum málum sem það vörðuðu, nema að slíkt væri talið hafa skaðleg áhrif á barnið eða væri þýðingarlaust fyrir úrslit málsins. Starfshópurinn var einnig beðinn um að veita álit varðandi það hvort æskilegt væri að barn fengi aðild að dómsmáli er varðaði forsjá þess, þá bæði varðandi beina aðild og hins vegar aðild fyrir milligöngu talsmanns, þ.e. lögmanns barns. Bæði sífjanefnd og starfshópurinn töldu það óæskilegt að barn yrði aðili að eigin forsjármáli. Rökin fyrir því voru einna helst sú að með því að barn yrði sjálfstæður aðili að eigin forsjármáli yrði barnið beinn þátttakandi í deilu foreldra sinna. Það gæti haft þau áhrif að þátttaka barns hafi áhrif á samskipti foreldra og barns eftir að máli lýkur, en verja ætti börn gegn slíku álagi. Starfshópurinn taldi hins vegar að í sumum tilvikum gæti það þjónað hagsmunum barnsins að hafa talsmann sem liðsinnti því í tengslum við mál er vörðuðu forsjá, en slíkt hafði reynst vel í barnaverndarmálum.<sup>112</sup>

#### 3.4.1. Sameiginleg forsjá gerð að meginreglu við skilnað og sambúðarslit

Með breytingarlögum nr. 69/2006 var sameiginleg forsjá gerð að meginreglu við skilnað foreldra og sambúðarslit. Þessi breyting er afar merkileg en töluverð umræða hafði átt sér stað um þetta

---

<sup>112</sup> Alþt. 2002-2003, A-deild, þskj. 181 – 180. mál. Fylgiskjal II.

áratugina á undan. Þess má til gamans geta að í frumvarpi til laga um afstöðu foreldra til óskilgetinna barna frá 1921 var talið að í þeim tilfellum sem foreldrar byggju ekki saman yrði að leggja uppeldisskylduna á annað foreldrið, en ekki þótti koma til greina að barn yrði sitt hvort tímabilið hjá hvoru foreldri. Einnig kemur fram í frumvarpinu að það væri náttúrunnar lögmál að fela móður uppeldi barna sinna, en ekki föður. Eina skyldan sem lögð var á föðurinn var að hann myndi leggja til fé svo að barnið gæti lifað sæmilegu lífi hjá móður sinni.<sup>113</sup> Snemma á níunda áratugnum töldu sumir fræðimenn að samningur um sameiginlega forsjá yfir barni væri andstætt hagsmunum þess, þar sem slíkt gæti gefið tilefni til óöryggis og endalausra árekstra á milli foreldra barnsins. Að auki var það álit tiltekinna fræðimanna að það væri afar sjaldgæft að foreldrar geti komið sér saman um forsjá barns þar sem þeir gátu ekki haldið hjónabandinu saman, þar af leiðandi sé ólíklegt að svo náin samvinna sem felst í sameiginlegri forsjá myndi ganga upp. Aðrir töldu að með því að semja um sameiginlega forsjá væri verið að skjóta vandamálum á frest enda væri traust foreldra yfirleitt ekki lengur til staðar eftir skilnað og því væri erfitt að hafa samráð um barnið. Barnasálfræðingar höfðu þó bent á að þetta þyrfti ekki að vera rétt og mæltu jafnvel með því að foreldrar barns myndu bíða með að taka ákvörðun er sneri að forsjá barns á meðan að skilnaðurinn gengi yfir, enda væru foreldrar oft á tíðum í uppnámi á þeim tíma.<sup>114</sup> Þegar hugmyndin um sameiginlega forsjá foreldra sem ekki búa saman leit dagsins ljós síðla árs 1987, voru þar af leiðandi enn skiptar skoðanir á því hvort að slíkt fyrirkomulag myndi þjóna hagsmunum barns. Við heildarendurskoðun laganna árið 2002 kom upp umræða um að gera sameiginlega forsjá að meginreglu en það þótti ekki tímabært að stíga það skref, enda mjög skiptar skoðanir á málefninu. Á þessum árum sem höfðu liðið frá lagasetningunni hafði viðhorf færst í þá átt að rétt væri að lögfesta þá meginreglu að forsjá yrði sameiginleg við skilnað eða sambúðarslit, nema annað væri ákveðið. Foreldrar gátu áfram samið um að forsjá verði í höndum annars foreldris ef báðir telja það barni fyrir bestu. Ágreiningi um forsjá barns við samvistarlit var hægt að skjóta til dómstóla og ákvörðun um það hjá hvoru foreldri forsjá barnsins skyldi vera var í höndum dómara. Dómara bar síðan að taka ákvörðun með það að leiðarljósi hvað væri barni fyrir bestu.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Alþt. 1919, A-deild, þskj. 24.

<sup>114</sup> Guðrún Erlendsdóttir, Sameiginleg forsjá og önnur nýmæli í barnarétti, Úlfljóttur 3-4. tbl. 1982, 134-135.

<sup>115</sup> Alþt. 2005-2006, A-deild, þskj. 294 – 279 mál. Um 1. gr.

### 3.4.2. Breytingarlög nr. 61/2012 og 144/2012

Með lögum nr. 61/2012 og nr. 144/2012 voru gerðar umtalsverðar breytingar á ákvæðum barnalaga um forsjá, búsetu og umgengni. Í 1. gr. frumvarpsins var það lagt til að lögfesta nýjan upphafskafli barnalaga. Í 1. gr. laga nr. 61/2012 er kveðið á um rétt barns til að lifa, þroskast og njóta verndar og umönnunar og annarra réttinda í samræmi við aldur sinn og þroska án mismununar af nokkru tagi. Óheimilt sé að beita barn hvers kyns ofbeldi. Í 2. mgr. er kveðið á um að það sem barni er fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar teknar eru ákvarðanir um málefni þess. Í 3. mgr. er síðan kveðið á um að barn eigi rétt á því að láta skoðanir sínar í ljós í öllum málum sem það varðar og einnig að taka skuli réttmætt tillit til skoðana þess í samræmi við aldur og þroska. Ákvæðið tekur mið af meginreglum barnasáttmálans. Talið var mikilvægt að ákvæðið væri í sérkafla laganna, en ekki þannig að það einskorðist við þau málefni sem barnalögin fjalla um, en ákvæðið gildir alls staðar þar sem ákvarðanir er varða börn eru teknar. Í frumvarpinu er einnig að finna ýmis nýmæli sem afmarka hlutverk foreldra enn frekar, þá t.d. með því að skilgreina sameiginlega forsjá barns og einnig er fjallað um réttindi og skyldur foreldra í tengslum við umgengnisrétt barns. Lagt var til að kynforeldri og stjúpforeldri gætu gert með sér samning um sameiginlega forsjá yfir barni en þar með var afnumin sú regla að stjúp- og sambúðarforeldri fái sjálfkrafa forsjá stjúpbarns við tilteknar aðstæður. Sjónarmið varðandi vernd barns gegn ofbeldi var áréttað bæði þegar um forsjár- og umgengnismál er að ræða.<sup>116</sup>

Með lögum nr. 50/2019 var áréttaður sá réttur barns sem misst hefur annað foreldri sitt eða bæði, til þess að viðhalda tengslum og þekkja uppruna sinn. Í lögnum er jafnframt fjallað um sjálfstæðan rétt barns í þessum aðstæðum til þess að njóta umgengni við nána vandamenn þess foreldris eða aðra sem eru nákomnir barni. Að auki er barni og vandamönnum þess tryggður aðgangur að ráðgjöf og sáttameðferð þegar verið er að ákveða umgengni með þessum hætti. Þegar sýslumanni berst dánartilkynning um einstakling sem á barn undir átján ára aldri er það í höndum sýslumanns að vekja athygli á rétti barnsins og gefa barni og foreldri þess eða forsjáraðila tækifæri til að mæta á fund sýslumanns. Jafnframt þarf sýslumaður að kynna inntak umgengisréttar við ættingja látna foreldrisins og réttaráhrif hans, sem og að gera barni grein fyrir því að það eigi rétt á því að þekkja uppruna sinn, þá t.d. með því að halda tengslum við nána

---

<sup>116</sup> Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

vandamenn.<sup>117</sup> Umrædd breyting var mikilvæg viðurkenning á sjálfstæðum rétti barna til þess að viðhalda eigin tengslum óháð vilja eftirlifandi foreldris.

Töluverðar breytingar hafa orðið á stöðu barnafjölskyldna og verkaskiptingu foreldra frá því að fyrstu heildstæðu barnalögin voru sett hér á landi árið 1981. Mikil áhersla hefur verið lögð á að foreldrar taki virkan þátt í uppeldi barna sinna. Á 150. löggjafarþingi var lagt fram frumvarp um skipta búsetu sem ekki náði fram að ganga. Helsta breytingartillaga frumvarpsins fól í sér heimild foreldra til þess að semja um skipta búsetu barns, auk þess sem lagðar voru til grundvallartillögur að skýrari ákvæði um rétt barns til að tjá sig sem og að barn geti sjálft haft frumkvæði að því að sýslumaður boði foreldra þess til samtals til að ræða fyrirkomulag forsjár, lögheimilis, búsetu eða umgengni. Þó svo að ekki sé beinlínis um viðleitni í þá átt að veita börnum fulla aðild að slíkum málum, er þó um að ræða mikilvæga viðleitni í þá átt að viðurkenna sem staðreynd, að foreldrar og forsjáradilar séu ekki í öllum tilvikum til þess bærir, að taka ákvarðanir út frá vilja og bestu hagsmunum barna. Í gildandi barnalögum hefur barn kost á því að tjá foreldri afstöðu sína og geta foreldrar, eftir atvikum, samið um eða gert kröfur um breytingar á fyrirliggjandi ákvörðunum, í samræmi við vilja barnsins og fyrir þeirra hönd. Það er þó ekkert í löggjöfni sem kemur í veg fyrir að foreldri geti gert slíkar kröfur í fullri andstöðu við vilja barnsins. Í frumvarpinu um skipta búsetu kemur fram að eitt af markmiðunum sé að barn geti leitað sér og fengið ráðgjöf að eigin frumkvæði, án þess að foreldrar samþykki það sérstaklega. Með ákvæðinu var stefnt að því að réttur barns til þess að beita sér í málum sem gæti haft mikil áhrif á velferð þess og líðan, yrði styrktur. Í frumvarpinu kemur einnig fram að markmið þess að barn gæti sóst eftir því að boða foreldra sína í samtal til sýslumanns er að leiðbeina bæði barni og foreldrum þess og komast að niðurstöðu sem tæki mið af því sem barninu væri fyrir bestu, að teknu tilliti til sjónarmiða barnsins. Ekki var gerð krafa um að barn hefði náð ákveðnum aldri til þess að það gæti nýtt þennan rétt sinn en barn þyrfti að geta tekið sjálfstæða ákvörðun um að hafa frumkvæði að því að nýta sér þennan rétt. Í dönskum lögum er að finna nokkurs konar fyrirmynd reglunnar en þar segir að barn sem náð hefur 10 ára aldri getur óskað eftir því við stjórnvöld að foreldrar þess verði kallaðir á fund til að ræða um forsjá, búsetu eða umgengni.<sup>118</sup> Í umsögn umboðsmanns barna um frumvarpið kemur fram að umboðsmaður fagni því að stefnt sé að því að styrkja rétt barna til þess að tjá sig í málum sem varða velferð

<sup>117</sup> Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 273 – 255. mál.

<sup>118</sup> Alþt. 2019-2020, A-deild, þskj. 1215 – 707. mál.

þeirra og líðan. Umboðsmaður barna fagnaði því einnig sérstaklega að ekki væri gerð krafa um lágmarksaldur barns til þess að fá að tjá sig, en þessi nálgun er í samræmi við túlkun barnaréttarnefndarinnar á 12. gr. barnasáttmálans. Fram kemur í umsögninni að umboðsmaður barna hafi ítrekað bent á að ákvarðanir í málum er varða forsjá, lögheimili og umgengni séu oft teknar úr frá þeirri forsendu að foreldrar vilji sjá til þess að jafnræði sé til staðar milli þeirra. Umboðsmaður barna leggur sérstaklega áherslu á að ákvarðanir sem varða velferð barna skuli taka út frá forsendum barnsins og að einnig sé ástæða til að styrkja stöðu barna til þess að tjá sig í málum er varða hagsmuni þeirra og daglegt líf.<sup>119</sup> Ljóst er að miklar breytingar hafa orðið á barnalöggjöfinni frá upphafi, enda hafa miklar breytingar orðið á viðhorfi foreldra til barnauppeldisins og samfélagslegum viðhorfum til barna. Báðir foreldrar eru í miklum mæli farnir að taka virkan þátt í uppeldi barna sinna, óháð því hvort foreldrar búa saman eða ekki. Réttur barna til þess að tjá sig í málum er þau varða áður en ákvarðanir um þau eru teknar er orðinn mun rýmri, ljóst að miklar breytingar til hins betra fylgdu fullgildingu barnasáttmálans. Þó er hægt að velta því upp hvort að ganga eigi enn lengra og veita börnum sjálfstæða aðild að málum er varða forsjá, lögheimili og umgengni, enda er þar um að ræða afar mikilvæga og persónulega hagsmuni þeirra.

### 3.5. Foreldravald, forræði og forsjá

Ákvæði um foreldravald var að finna í III. kafla laga nr. 57/1921 um afstöðu foreldra til skilgetinna barna. Var litið svo á að foreldrar færu með foreldravald yfir börnum sínum, og þar með ákvörðunarvald yfir barninu. Í lögum frá 1921 er talað um það foreldri sem fer með foreldravald sem „leyfisveitanda“ og kemur þar fram að foreldrar hafi umráðarétt yfir börnum sínum þar til þau ná 16 ára aldri og sé frjálst að halda börnum til hlýðni með valdi.<sup>120</sup> Áður en fyrstu heildstæðu barnalögin tóku gildi árið 1981 voru ákvæði um foreldravald í lögum um lögræði nr. 85/1947 og ákvæði um skipan foreldravalds var að finna í lögum um stofnun og slit hjúskapar nr. 60/1972. Rétt þótti að endurskoða þessi ákvæði og koma þeim samfellt í barnalög nr. 9/1981. Í lögum var lögfest það mikilvæga nýmæli að taka upp hugtakið forsjá, en fram að þessu var ennþá talað um foreldravald. Í frumvarpinu með lögum er notast við bæði forræði og forsjá. Orðið foreldravald þótti taka of mikið mið af eldra réttarástandi þegar foreldrar höfðu nánast ótakmarkað vald yfir börnum sínum samkvæmt lögum. Í lögum frá 1981 var jafnframt

---

<sup>119</sup> Alþt. 2019-2020, A-deild, 707. mál, Umsögn Umboðsmanns barna við frumvarpið.

<sup>120</sup> Alþt. 1919, A-deild, þskj. 24

talað um að barn ætti rétt á forsjá foreldra sinna, en leiðarljós VIII. kafla laganna var réttur barnsins og skyldur foreldranna, þá bæði vegna forsjár og umgengni.<sup>121</sup> Ekki hefur verið talað um forræði yfir barni í barnalögum frá árinu 1981. Í barnalögum frá 1992 og eftir þann tíma er eingöngu talað um að foreldrar fari með forsjá barna sinna, enda þótti orðið forsjá samræmast betur þeirri þróun sem hafði orðið í barnarétti.<sup>122</sup> Með orðinu forsjá er áhersla lögð á umönnunar- og verndarþátt foreldraskyldna í stað valdbeitingar.<sup>123</sup>

Í 1. mgr. 18. gr. barnasáttmálans er að finna þá meginreglu að foreldrar beri sameiginlega ábyrgð á uppeldi barna sinna. Ákvæðið er í samræmi við þær breytingar sem hafa átt sér stað á viðhorfum til hefðbundinna hlutverka kynjanna þegar horft er til uppeldis barna. Ákvæðið er nátengt 7. gr. sáttmálans, en þar segir að barn eigi, eftir því sem unnt er, rétt á að þekkja báða foreldra sína og njóta umönnunar þeirra.<sup>124</sup> Ákvæðið er einnig skylt 5. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um afnám allrar mismununar gagnvart konum, en þar er meðal annars lögð áhersla á að viðurkenna sameiginlega ábyrgð karla og kvenna á uppeldi og þroska barna sinna.

Réttarþróunin hefur verið með þeim hætti að löggjafinn hefur komið til móts við breytta tíma, foreldrar hafa ekki lengur ótakmarkað vald yfir börnum sínum. Í dag eiga börn sjálfstæð réttindi, óháð réttindum foreldra sinna. Börn eiga rétt á að fá að tjá sig í öllum þeim málum er þau varða og taka á réttmætt tillit til skoðana þeirra, foreldrar eiga að leiðbeina börnum sínum og vera þeim innan handar en þeir hafa ekki þetta ótakmarkaða foreldravald sem talað var um á árum áður. Nánar verður fjallað um inntak forsjár og skyldu og rétt foreldra til þess að fara með forsjá barns í næsta kafla.

## 4. Forsjá, lögheimili og umgengni

### 4.1. Inntak forsjár

Barn á rétt á forsjá foreldra sinna, annars eða beggja samkvæmt lögum. Með því að nota orðið forsjá er áhersla lögð á umönnunar- og verndarþátt foreldraskyldna.<sup>125</sup> Hugtakið forsjá felur í sér ábyrgð, skyldur og réttarstöðu foreldra, meðal annars réttinn og skylduna til að taka ákvarðanir um uppeldi barns og daglegt líf þess eins og um skólagöngu og heilbrigðisþjónustu. Forsjá felur

<sup>121</sup> Alþt. 1980-1981, A-deild, þskj. 5 – 5. mál.

<sup>122</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Handbók: barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum, Úlfljótur (2013) 8.

<sup>123</sup> Sýslumenn.is, „Forsjá“, < <https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/forsja/>>, skoðað 7. nóvember 2020.

<sup>124</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Handbók: barnalög nr. 76/2013 með síðari breytingum (Úlfljótur 2013) 75-76.

<sup>125</sup> Sýslumenn.is, „Forsjá“, < <https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/forsja/>>, skoðað 28. september 2020.

þó fyrst og fremst í sér þá skyldu foreldra og forsjáraðila að annast barn af umhyggju og virðingu, í samræmi við það sem talið er barni fyrir bestu. Í forsjánni felst rétturinn til að ráða persónulegum högum barns og lögráðum þess.<sup>126</sup> Samkvæmt 29. gr. bl. á hvert barn rétt á forsjá frá fæðingu og barn á einnig rétt á því að foreldrar beiti forsjárrétti sínum með ábyrgum hætti til samræmis við skyldur sínar gagnvart barninu. Forsjá barns getur verið lögbundin, umsamin eða samkvæmt dómi. Forsjá getur aldrei verið í höndum fleiri en tveggja aðila á sama tíma.<sup>127</sup>

Í V. kafla barnalaganna er að finna ýmis ákvæði um forsjá barns. Í kaflanum er fjallað um lögbundna forsjá, inntak forsjár og hvernig henni er breytt. Að auki er fjallað um lögheimili og búsetu barns og þau réttaráhrif sem það hefur í för með sér. Hugtakið forsjá lýsir því sambandi sem er milli barns og foreldra frá fæðingu þess og þar til það verður lögráða, eða átján ára gamalt. Í 28. gr. bl. er almennt fjallað um inntak forsjár, þess ber þó að geta að löggjöfin getur ekki gert því tæmandi skil hvað í því felst að fara með forsjá barns, enda ljóst að forsjárskyldur taka mið af persónulegum högum og þörfum barns. Því fjallar greinin eingöngu um almenn atriði sem felast í hugtakinu og sem leggja skal til grundvallar. Hlutverk forsjárforeldra er að leggja sitt af mörkum til þess að tryggja að barn fái notið réttinda sinna, meðal annars með því að tryggja að hið opinbera standi við skyldur sínar gagnvart barni samkvæmt barnasáttmálanum þegar það á við. Þegar ákvæði 28. gr. er skoðað er mikilvægt að hafa hliðsjón af 5. gr. barnasáttmálans, en ákvæðið fjallar um að foreldrum beri að veita barni tilhlýðilega leiðsögn og handleiðslu í samræmi við vaxandi þroska er barnið beitir réttindum sem því eru tryggð í sáttmálanum, því þó svo að barnasáttmállinn bindi eingöngu ríkið er hann þó mikilvægt leiðarljós fyrir foreldra um þau réttindi sem hvert barn á að njóta.<sup>128</sup>

Í 1. mgr. 28. gr. bl. er fjallað um mikilvægi þess að barn njóti forsjár. Í 2. mgr. er að finna undirstöðusjónarmið um hlutverk foreldra, foreldrum ber að sjá til þess að barnið njóti virðingar fyrir réttindum sínum og jafnframt ber foreldrum skylda að gegna forsjár- og uppeldisskyldum sínum með þeim hætti sem best hentar hag og þörfum barnsins. Í 3. mgr. er fjallað um þá skyldu forsjárforeldris til að vernda barn sitt gegn hvers kyns ofbeldi og annarri vanvirðandi háttsemi. Ákvæðið gengur lengra en 1. mgr. 1. gr. laganna en þar er lagt bann við hvers konar ofbeldi og vanvirðingu gagnvart barni. Þannig leggur 3. mgr. ekki bara bann við ofbeldi heldur eru

<sup>126</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Handbók: barnalög nr. 76/2013 með síðari breytingum (Úlfljóttur 2013) 77.

<sup>127</sup> Sama heimild, 77.

<sup>128</sup> Sama heimild, 80.

jafnframt lagðar jákvæðar skyldur á foreldra til að grípa til virkra, raunhæfra og viðeigandi aðgerða til að veita börnum sínum viðhlítandi vernd. Í þessu samhengi má nefna niðurstöðu Héraðsdóms Norðurlands eystra í máli nr. 506/2008. Þar hafði unnusti móður tveggja drengja, fjögurra og sex ára, beitt drengina líkamlegri refsingu en það þótti sannað að maðurinn hafi í tvígang borið olíu á og rassskellt drengina á beran rassinn. Háttsemin var ekki talin refsiverð og var maðurinn því sýknaður af broti gegn 1. mgr. 217. gr. almennra hegningarlaga og 1. og 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga, m.a. með þeim rökum að hugsanlega tíðkaðist eitthvað, eða hefur tíðkast að flengja börn. Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms með vísan til þess að í 1. mgr. 99. gr. bvl. væri ekki fortakslaust bann lagt við því að foreldri eða annar maður, með samþykki þess, beiti barn þess líkamlegum aðgerðum til að bregðast við óþekkt barns, heldur væri refsinaemi slíkrar háttsemi háð því að gerðir hans væru til þess fallnar að skaða barnið andlega eða líkamlega. Niðurstaða dómsins var afar umdeild en margir töldu að dómurinn væri brot gegn barnasáttmálanum. Umboðsmaður barna lýsti því m.a. yfir að breyta þyrfti ákvæðinu svo að Ísland gæti uppfyllt þjóðréttarlegar skuldbindingar sínar skv. 19. gr. barnasáttmálans, en með greininni er börnum tryggð vernd gegn hvers konar ofbeldi, án þess að fyrir liggi upplýsingar um mögulega eða raunverulega skaðsemi þeirrar háttsemi. Á þessum tíma hafði Ísland undirritað barnasáttmálann, en ekki fullgilt hann, en þannig voru stjórnvöld bundin að þjóðarétti til að virða reglur hans. Í kjölfarið voru samþykkt lög nr. 52/2009 um breytingu á barnaverndarlögum, þar kom fram nýtt ákvæði þar sem fram kom að óheimilt væri að beita börn ofbeldi eða annarri viðvarandi háttsemi og að hver sem gerist sekur um slíkt skal sæta sektum eða fangelsi. Í frumvarpinu er minnst á dóminn hér að ofan og niðurstaða hans var talin verulega óeðlileg, þá sérstaklega í ljósi barnasáttmálans og almennrar afstöðu íslensku þjóðarinnar til líkamlegra refsinga gegn börnum. Frumvarpinu var ætlað að taka af allan vafa um að líkamlegar eða andlegar refsingar gegn börnum eru ekki heimilar, undir neinum kringumstæðum, og að forsjáraðilar geti ekki veitt leyfi sitt fyrir slíkum refsingum<sup>129</sup> Umræddar breytingar eru dæmi um hvernig barnasáttmálinn og breytt viðhorf til barna hafa leitt til breytinga á löggjöf.

Í 4. mgr. 28. gr. bl., er síðan vikið að skyldum foreldra í tengslum við menntun og starfsþjálfun barns. Í 5. mgr. kemur fram að forsjá feli almennt í sér rétt og skyldu fyrir foreldri til að ráða persónulegum högum barns, þær ákvarðanir sem foreldri tekur verða þó að taka ríkt

---

<sup>129</sup> Alþt. 2008-2009, A-deild, þskj. 19 – 19. mál.



mið af því sem er barninu fyrir bestu með tilliti til aldurs og þroska og vilja barns. Í 6. mgr. er kveðið á um þá skyldu foreldra til þess að hafa samráð við barn sitt áður en málefnum þess er ráðið til lykta, eftir því sem að aldur og þroski barnsins gefur tilefni til. Fram kemur í ákvæðinu að afstaða barns eigi að hafa aukið vægi eftir því sem barnið eldist og þroskast, sbr. 12. gr. barnasáttmálans.<sup>130</sup>

Ásamt því að ráða persónulegum högum barns síns þá fara foreldrar barns með forsjá þess, jafnframt með fyrirvar þess, sbr. 5. mgr. 28. gr. Hugtakið lögformlegt fyrirvar er ekki nánar skilgreint í lögnum, en það byggir á þeim sjónarmiðum að börn hafa oft ekki náð nægilegum þroska til þess að koma fram í eigin nafni og gæta réttinda sinna. Því er það í höndum forsjárforeldra að koma fram fyrir hönd barna sinna og gæta hagsmuna þeirra. Þó eru dæmi um að forsjárforeldrar séu ekki hæfir um að sinna þessu hlutverki, t.d. þegar hagsmunir barns og foreldris þess fara ekki saman. Þegar slíkt er uppi á teningnum er mögulegt að barni sé skipaður sérstakur lögráðamaður til þess að reka tiltekið erindi fyrir barnið, sbr. 53. gr. lögræðisлага nr. 71/1997.<sup>131</sup>

Það er afar mikilvægt að tryggja rétt barns til þess að tjá sig í málum er varða forsjá þeirra eða lögheimili, ekki er nóg að gefa börnum kost á því að tjá sig, heldur þarf að taka réttmætt tillit til vilja barns miðað við aldur þess og þroska, enda hefur ákvörðun sem þessi víðtæk áhrif á líf hvers barns. Þessi regla á sér stoð í 1. gr. og 43. gr. bl., og 12. gr. barnasáttmálans. Markmið þessarar grundvallarreglu er ekki að auka ábyrgð barns á deilu foreldra sinna um forsjána, heldur að tryggja að ávallt sé litið til vilja barnsins þegar komast á að niðurstöðu um það sem barninu er fyrir bestu. Vilji barns getur verið skýr og einbeittur og þau sjónarmið eiga því fullt erindi í það heildstæða mat á því sem barninu er talið fyrir bestu sem barnasáttmálinn gerir kröfu um. Sjónarmið barns geta m.a. byggst á einhverju sem barnið hefur orðið fyrir eða upplifað, til dæmis ofbeldi, og er þá nauðsynlegt að taka tillit til þess þegar forsjá og lögheimili er ákvarðað.<sup>132</sup> Í eftirfarandi dómum má sjá áhrif þessa sjónarmiðs á niðurstöðu mála.

---

<sup>130</sup> Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 328 – 290 mál.

<sup>131</sup> Elísabet Gísladóttir, Aðild og fyrirvar barna í stjórnsýslumálum, Stjórnarráð Íslands, Stjórnsýslulögin 25 ára, (2020) 125.

<sup>132</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Handbók: barnalög nr. 76/2013 með síðari breytingum (Úlfjótur 2013) 133.

#### 4.1.1. Dómaframkvæmd Hæstaréttar

Í dómi Hæstaréttar nr. 101/2006 var deilt um forsjá tæplega þriggja ára barns, þar var tekið fram að afstaða barnsins ætti ekki við í málinu þar sem barnið var svo ungt. Dómur Hæstaréttar nr. 114/2007 er um margt sambærilegur, en þar var tekið fram að afstaða rúmlega fjögurra ára barns hefði ekki áhrif vegna ungs aldurs. Í dómi Hæstaréttar nr. 507/2017 höfðaði kona mál á hendur barnsföður sínum og krafðist að sér yrði falin forsjá þriggja barna þeirra, en forsjáin hafði fram að því verið sameiginleg. Fram kom undir rekstri málsins að báðir foreldrar voru hæfir til að fara með forsjá barna sinna og héraðsdómur dæmdi því forsjána sameiginlega áfram. Þegar málinu var vísað til Hæstaréttar var ljóst að samskiptavandi foreldra barnanna væri mikill og því allar líkur á að forsenda sameiginlegrar forsjár væri brostin. Vilji barnanna kom skýrt fram í gögnum málsins en þau vildu búa hjá móður sinni og flytjast með henni erlendis eins og til stóð. Í dómnum kemur fram að vilji barnanna hafi verið afar afgerandi og var móður barnanna að lokum dæmd forsjá þeirra. Í dómi Hæstaréttar nr. 514/2017 deildu foreldrar um forsjá yfir dóttur sinni. Fram hafði komið að báðir foreldrar væru hæfir til að sinna grunnþörfum stúlkunnar. Vilji stúlkunnar kom skýrt fram í dómnum en hún vildi vera sem jafnast hjá foreldrum sínum en þó þannig að hún vildi frekar búa hjá föður sínum en móður. Dómkvaddur matsmaður taldi að þrátt fyrir ungan aldur stúlkunnar þá væri hún þroskuð og að mikilvægt væri að hlustað yrði á rödd hennar. Hæstiréttur féllst á það og varð forsjá stúlkunnar þannig sameiginleg en lögheimili var fært til föður. Í dómi Hæstaréttar nr. 58/2019 var því slegið föstu að börn eiga ekki bara rétt á því að tjá sig í öllum málum er þau varða, því var einnig slegið föstu að taka eigi réttmætt tillit til skoðana þeirra. Atburðarás samkvæmt dómnum var sú að systkini voru tekin af heimili sínu eftir að faðirinn var grunaður um kynferðisbrot gagnvart eldra barninu, börnin voru stúlka á sjöunda aldursári og fjögurra ára drengur. Börnin voru í kjölfarið vistuð utan heimilis í nokkra mánuði en fóru svo aftur til móður sinnar. Að tveimur mánuðum liðnum fór stúlkan til fósturforeldra og drengurinn að sex mánuðum liðnum. Héraðsdómur féllst á þá kröfu barnaverndarnefndar að svipta ætti foreldrana forsjá yfir börnunum sínum tveimur. Landsréttur snéri þeirri ákvörðun við með vísan til þess að skilyrðum barnaverndarlaga til sviptingar forsjár, á grundvelli 29. gr. bvl., var ekki fullnægt. Hæstiréttur veitti áfrýjunarleyfi á þeim grundvelli að málið hafði verulegt gildi að barnarétti, þá sér í lagi að því er varðaði vilja barns og hve mikið vilji barns ætti að veга í málum er varða börn. Einnig var talið mikilvægt að skoða hver væru áhrif sýknu á hendur föðurnum í sakamálinu frá árinu 2017 vegna meintra kynferðisbrota gegn barni. Í máli

Hæstaréttar lágu fyrir fjölmörg gögn frá ýmsum fagaðilum þar sem fram komu upplýsingar um líðan barnanna, heilsu þeirra og þroska. Dómurinn taldi liggja fyrir í gögnum málsins að börnin höfðu verið afdráttarlaus um að þau vildi ekkert samneyti eiga við föður sinn og að þeim liði vel hjá fósturforeldrum sínum, þau upplifðu sig örugg þar, annað en hjá foreldrum sínum og að hvorugt þeirra vildi snúa aftur til foreldra sinna. Rætt var við börnin og óskað eftir afstöðu þeirra í héraði en þegar málið var tekið fyrir hjá Landsrétti átta mánuðum síðar var ekki fallist á þá kröfu að aftur yrði leitað eftir afstöðu barnanna af dómstólnum. Að auki tók dómur Landsréttar ekki tillit til matsgerðar dómkvadds manns við niðurstöðu málsins. Lagalegur réttur barna til þess að tjá sig í öllum þeim málum er þau varða er afar skýr og því taldi barnaverndarnefndin að meðferð málsins væri haldin töluverðum annmörkum. Í niðurstöðu sinni tók Hæstiréttur undir þau sjónarmið og taldi að dómarrar í Landsrétti hefðu átt að kanna hver afstaða og líðan barnanna var með því að ræða við þau aftur, sbr. barnalög og einnig 12. gr. barnasáttmálans. Með hliðsjón af öllu ofangreindu taldi Hæstiréttur að börnin hefðu sýnt fram á sterkan vilja til þess að fá að dvelja áfram hjá fósturforeldrum sínum og var það mat dómsins að það væri börnunum fyrir bestu að þeim yrði komið fyrir í varanlegu fóstri hjá þeim. Í niðurstöðu dómsins er viðurkenndur sá lögbundni réttur barna að fá að hafa áhrif á eigið líf, út frá eigin forsendum, í öllum málum sem þau varða.

Dómafrankvæmd Hæstaréttar virðist vera að þróast í þá átt að rætt sé við börn og komist að því hver vilji þeirra er áður en dómur er kveðinn upp, enda er það afar mikilvægur hluti af ferlinu. Að auki virðast sjónarmið barna fá meira vægi en áður enda er ljóst að ekki er nóg að ræða við börn, taka þarf réttmætt tillit til skoðana þeirra líkt og kemur fram hér að ofan. Þessi þróun er í samræmi við 12. gr. barnasáttmálans, enda er eðlilegt að rætt sé við börn áður en ákvörðun um forsjá þeirra er tekin, enda hefur slík ákvörðun veruleg áhrif á líf barns.

#### 4.2. Lögheimili

Ef að barn fæðist og móðir þess er hvorki í hjúskap né skráð í sambúð, þá fær móðir barnsins sjálfkrafa forsjá og er lögheimili barnsins þá skráð hjá móður. Þegar foreldrar barns skilja eða slíta sambúð þarf að ákveða hjá hvoru foreldrinu barn skal eiga lögheimili, samhliða því að ákvörðun er tekin um forsjá, umgengni og meðlag. Ef foreldrar komast ekki að samkomulagi og geta þar af leiðandi ekki gert með sér samning hjá sýslumanni um lögheimili barns, er hægt að skjóta ágreiningnum til dómstóla þar sem ráðið er til lykta hvar lögheimili barns skal vera, með

hliðsjón af því hvað er barninu fyrir bestu. Dómari þarf að líta til hæfis foreldra barns þegar deilt er um lögheimili og forsjá, stöðugleika í lífi barnsins, tengsla þess við báða foreldra, skyldu foreldranna til að tryggja rétt barnsins til umgengni við hitt foreldri sitt og áætlaða hættu á því að barnið, foreldri þess eða aðrir á heimili barnsins hafi orðið eða verði fyrir ofbeldi. Að auki á dómari að horfa til vilja barnsins með hliðsjón af aldri þess og þroska.<sup>133</sup>

Barn getur aðeins átt eitt lögheimili eða fasta búsetu. Þegar foreldrar fara sameiginlega með forsjá barns er réttarstaða lögheimilisforeldrisins önnur en réttarstaða umgengnisforeldrisins. Foreldrar sem ekki búa saman og fara sameiginlega með forsjá barns eiga ávallt að leitast við að hafa samráð áður en afgerandi ákvarðanir um málefni barns er varða daglegt líf þess eru teknar. Lögheimilisforeldrið hefur hins vegar heimild til þess að taka afgerandi ákvarðanir er varða barnið, án þess að umgengnisforeldrið samþykki það. Hér má sem dæmi nefna að lögheimilisforeldrið getur ákveðið hvar barnið skuli eiga lögheimili innanlands og í hvaða skóla eða leikskóla barnið gengur, ef að samráð við lögheimilisforeldrið skilar ekki árangri. Lögheimilisforeldrið á jafnframt rétt á barnabótum og umgengnisforeldrið verður lögum samkvæmt að borga meðlag til lögheimilisforeldrisins. Það má því halda því fram að lögheimilisforeldri njóti í ýmsu tilliti sömu stöðu og foreldri sem fer eitt með forsjá barns. Foreldrar barns geta gert tímabundna og langtímasamninga um lögheimili barns.<sup>134</sup> Það er þó ekki alltaf svo að sameiginleg forsjá gangi upp, enda þurfa foreldrar að geta unnið saman svo að forsendur hennar séu ekki brostnar. Það er afar mikilvægt að barn líði ekki fyrir það að foreldrar geti ekki tekið ákvörðun varðandi það í sameiningu, enda þarf að taka allar ákvarðanir með það að leiðarljósi að gera það sem barninu er fyrir bestu. Um sumar ákvarðanir sem foreldrar verða að taka í sameiningu hafa verið settar reglur, dæmi um þetta er að foreldrum sem fara sameiginlega með forsjá barns er óheimilt að fara með barn úr landi án samþykkis hins foreldrisins, sbr. 3. mgr. 28. gr. a. bl., nema að úrskurður sýslumanns þess efnis liggja fyrir, sbr. 1. mgr. 51. gr. a. bl. Einnig má nefna að foreldrar sem fara sameiginlega með forsjá verða einnig að sækja sameiginlega um vegabréf fyrir barn sitt.<sup>135</sup> Eins og fyrr segir er það í höndum lögheimilisforeldrisins að taka afgerandi ákvarðanir um daglegt líf barns. Að sjálfsögðu eiga foreldrar alltaf að leitast við að hafa samráð áður en ákvarðanir eru teknar um hagi barnsins,

<sup>133</sup> Stjórnarráðið.is, „Forsjá barns“, <<https://www.stjornarradid.is/verkefni/felags-og-fjolskyldumal/malefni-barna/barnarettur/forsja-barns/>>, skoðað 29. september 2020.

<sup>134</sup> Sýslumenn.is, „Forsjá“, <<https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/forsja/>>, skoðað 29. september 2020.

<sup>135</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Heimild dómara til að dæma sameiginlega forsjá, Tímarit lögfræðinga 3. tbl. 2011, 291.

raunin er þó sú að foreldrar eru ekki alltaf sammála um hvað sé barni fyrir bestu.

Lögheimilisforeldrið hefur þannig heimild til þess að taka allar ákvarðanir er varða heilbrigðisþjónustu barns, ef ekki næst samkomulag milli foreldra um hana, sbr. 1. mgr. 2/8. gr. a. bl. Þannig hefur löggjafinn reynt að tryggja að ósætti foreldra verði ekki þess valdandi að barn fái ekki þá heilbrigðisþjónustu sem það þarf á að halda. Í barnalöggjöfinni hefur verið gerður greinarmunur á venjulegri og nauðsynlegri heilbrigðisþjónustu, umgengnisforeldri er heimilt að taka ákvarðanir varðandi að minnsta kosti venjulega heilbrigðisþjónustu þegar barn er í umgengni hjá því.<sup>136</sup> Þetta fyrirkomulag hefur verið gagnrýnt töluvert enda kemur fram í 3. mgr. 46. gr. bl. að foreldri sem nýtur umgengni er heimilt að taka nauðsynlegar ákvarðanir um daglegt líf barnsins sem fylgja umgengninni, og ljóst að í daglegu lífi barns á meðan á umgengi stendur, geta komið upp þær aðstæður að umgengnisforeldri þurfi að tryggja að barn njóti nauðsynlegrar heilbrigðisþjónustu.

Þegar annað foreldrið fer með fulla forsjá barnsins þá má almennt ætla að barnið eigi lögheimili hjá því foreldri. Það getur þó verið að barn búi annars staðar en hjá foreldrum sínum, til dæmis hjá öðrum skyldmönnum, þá getur foreldri samt sem áður farið með forsjá barnsins. Þegar lögheimili barns er fært í þessu skyni og foreldri þess fer enn með forsjá, þá getur sá sem barnið býr hjá ekki tekið ákvarðanir sem fylgja forsjá, forsjárforeldrið getur jafnframt hvenær sem er fært lögheimili og búsetu barnsins aftur til sín án þess að sýslumaður komi þar að.<sup>137</sup>

Miklar breytingar hafa orðið á viðhorfi, stöðu foreldra og ábyrgð á umönnun og uppeldi barna á undanförunum áratugum og hefur því verið haldið fram að löggjöfin endurspegli þær breytingar ekki að fullu og að aðstöðumunur foreldra sem ekki búa saman en eru að ala upp börn sín saman sé þó nokkur. Eins og umfjöllun hér að ofan gefur til kynna hefur lögheimilisforeldrið töluvert meira að segja um hagi og daglegt líf barnsins heldur en umgengnisforeldrið, sér í lagi ef ekki næst samkomulag á milli foreldra, þar sem lögheimilisforeldrið hefur þá endanlegt ákvörðunarvald. Með hliðsjón af því hafa verið lagðar til ýmsar breytingar á barnalöggjöfinni er snúa að lögheimili og búsetu barns en þær breytingar hafa ekki náð fram að ganga. Lagðar voru til breytingar á barnalögum á 149. löggjafarþingi til þess að heimila skráningu lögheimilis barns hjá báðum forsjárforeldrum sínum. Markmið frumvarpsins var að tryggja rétt forsjárforeldra,

<sup>136</sup> Dögg Pálsdóttir, Ýmislegt gagnlegt um börn og lækna, Læknablaðið (2013) 158.

<sup>137</sup> Sýslumenn.is, „Forsjá“, < <https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/forsja/>>, skoðað 29. september 2020.

sem ekki búa saman, til að taka afgerandi ákvarðanir um daglegt líf barns í sameiningu og einnig að gæta réttar barna til þess að njóta fullrar þátttöku og íhlutunar beggja foreldra sinna í daglegu lífi. Fram kemur í frumvarpinu að koma þyrfti fram sérstök ákvörðun um að barn eigi lögheimili hjá báðum foreldrum sínum, ef það er vilji þess. Talið var að það væri börnunum fyrir bestu að foreldrar sem kjósa að ala börn sín upp á tveimur heimilum í fullri sátt, búi við sömu lagalegu skilyrði og að báðir forsjáforeldrar hafi sama rétt og skyldu til að taka ákvarðanir saman með hag barnsins að leiðarljósi. Eins og fyrr segir náði frumvarpið ekki fram að ganga enda ljóst að ýmis álitafni varðandi tvöfalt lögheimili voru óútkljáð.<sup>138</sup> Á 150. löggjafarþingi var eins og áður sagði lagt fram frumvarp er snéri að skiptri búsetu barns. Frumvarpið snéri fyrst og fremst að því að setja heimild í lögum fyrir foreldra til að semja um skipta búsetu barns. Gert var ráð fyrir að foreldrar sem fara sameiginlega með forsjá barns síns geti samið um skipta búsetu barns við tiltekna aðstæður. Markmiðið var að stuðla að sátt og jafnari stöðu þeirra foreldra sem fara sameiginlega með forsjá barns síns og hafa ákveðið að ala barn sitt saman á tveimur heimilum. Lagt var til að foreldrar þyrftu að uppfylla ákveðin skilyrði ef skipta búseta væri til þess fallin að þjóna hagsmunum barnsins er um ræðir hverju sinni. Ekki var gert ráð fyrir að foreldrar barns í skiptri búsetu gætu óskað eftir úrskurði eða dómi um meðlag eða milligöngu hins opinbera um greiðslu meðlags. Í frumvarpinu kom fram að ákveðnar forsendur þyrftu að vera til staðar svo að sýslumaður gæti staðfest samning um skipta búsetu barns. Þessar forsendur voru að foreldrar færu sameiginlega með forsjá barns, að virkt samstarf væri á milli foreldra, að foreldrar færu sameiginlega með ákvarðanatöku er varðaði barnið, að nálægð heimila gerði að barnið ætti kost á að ganga í einn skóla eða leikskóla og gæti jafnframt átt frjálsan og greiðan aðgang að tómsundastarfi og öðrum frístundum frá báðum heimilum. Að auki var gert ráð fyrir því að foreldrar kæmust að samkomulagi um það hjá hvoru foreldrinu barnið skyldi eiga lögheimili og hjá hvoru þeirra barnið skyldi eiga búsetuheimili. Eins og fyrr segir náði frumvarpið ekki fram að ganga.<sup>139</sup> Dómsmálaráðherra hefur lagt frumvarpið aftur fram á 151. löggjafarþingi.

### 4.3. Umgengni

Hugtakið umgengni snýr að samvistum og samskiptum barns og foreldris sem barn býr ekki hjá, óháð því hver eða hverjir fara með forsjá barnsins. Umgengni getur verið mikil eða lítil, alveg óháð því hvort að foreldrar fari sameiginlega með forsjána eða ekki. Umgengni getur tekið

<sup>138</sup> Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 25 – 25. mál.

<sup>139</sup> Alþt. 2019-2020, A-deild, þskj. 1215 – 707. mál.

breytingum eftir því sem barn verður eldra eða vegna annarra ástæðna, án þess að það kalli á breytingar á forsjá eða lögheimili barnsins.<sup>140</sup>

Sýslumaður getur úrskurðað um umgengni sbr. 47. gr. bl. Í 1. mgr. ákvæðisins kemur fram að sýslumaður leysir úr deilu foreldra sem greinir á um umgengni. Sýslumaður getur einnig úrskurðað um umgengni við aðra en foreldra sbr. 7. mgr. 47. gr. Sýslumanni ber ávallt að taka ákvörðun eftir því sem barni er fyrir bestu en tryggja verður að ákvarðanir um umgengni ógni ekki tilfinningalegum og félagslegum þroska barnsins. Í barnalögum eru lögfest tiltekin sjónarmið sem sýslumanni ber að líta til við ákvörðun um umgengni, þau eru eftirfarandi:

Tengsl barns við foreldra skipta miklu máli í sambandi við umgengni. Ávallt þarf að taka tillit til þess ef ekki er um fyrri tengsl að ræða og þá þarf að hafa sérstaklega í huga hæfileika barns til að mynda tengsl með hliðsjón af vitsmunaproska þess. Líta þarf til þess hver þörf barns er fyrir umgengni með tilliti til fyrri sögu um umönnun og tengsl. Því má gera ráð fyrir að barn sem hefur haft sterk og jákvæð tengsl við foreldi sitt, sem vill njóta umgengni, fái rýmri umgengni. Aldur barns skiptir töluverðu máli í sambandi við inntak og framkvæmd umgengni en á heimasíðu sýslumannsembættanna kemur t.d. fram að ekki sé úrskurðað um umgengni gegn vilja stálpaðs barns.<sup>141</sup> Mikilvægt er að byggja á þekkingu á þroska barna og mismunandi þörfum þeirra miðað við aldur. Geta og þol barns á unga aldri til þess að vera aðskilið frá aðalumönnunaraðila sínum getur einnig skipt máli. Almennt er litið svo á að stöðugleiki í lífi barna sé afar mikilvægur fyrir þroska þeirra. Því yngra sem barn er, því mikilvægara er að reglur og mörk séu með svipuðum hætti á heimili lögheimilisforeldris og umgengnisforeldris. Að auki skiptir máli hvort að foreldrar búi nálægt hvoru öðru þegar inntak umgengni er ákveðið. Í þessu samhengi má nefna dóm Hæstaréttar nr. 318/2011, þar deildu foreldrar um forsjá og umgengni við dóttur sína. Foreldrar bjuggu ekki í sama bæjarfélaginu en það varð þó ekki til þess að koma í veg fyrir reglubundna umgengni, enda voru samgöngur á milli sveitarfélaga góðar. Rými umgengni er almennt talin vera barninu fyrir bestu þegar foreldrar búa nálægt hvoru öðru. Að auki þarf ávallt að líta til þess hver vilji barnsins er, með tilliti til aldurs og þroska þess. Vilji barns getur verið skýr og einbeittur og í samræmi við það sem því er fyrir bestu. Þetta sjónarmið er í samræmi við 12. gr. barnasáttmálans, en barn á að sjálfsögðu að hafa áhrif á niðurstöðu í

<sup>140</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Handbók: barnalög nr. 76/2013 með síðari breytingum (Úlfljótur 2013) 15.

<sup>141</sup> Sýslumenn.is, „Umgengni“, <<https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/umgengni/>>, skoðað 10. nóvember 2020.



málum sem varða umgengni þess enda ljóst að það er til þess fallið að hafa töluverð áhrif á daglegt líf þess og tengsl við foreldra. Tilgangslítið er að knýja fram umgengni barns við foreldri sitt þegar barn er komið á unglingsaldur, ef það fer gegn vilja barnsins. Mikilvægt er þó að það sé metið í hverju tilfelli fyrir sig hvort að það sé raunverulegur vilji barnsins sem liggur þarna að baki eða hvort að afstaða þess mótist af andstöðu þess foreldris sem það býr hjá. Skoða þarf að auki hvort að afstaða barnsins sé í samræmi við hagsmuni þess. Sýslumanni ber sérstaklega að skoða hvort að barnið, foreldrið eða aðrir á heimili barnsins hafi orðið fyrir ofbeldi eða hvort að hætta sé á því. Umrætt ákvæði kom nýtt inn í barnalög með lagabreytingunni árið 2012. Sýslumanni ber sérstaklega að skoða hvort að ágreiningur eða samskipti foreldra séu líkleg til þess að koma í veg fyrir, hindra eða draga úr möguleikum barns á því að alast upp við þroskavænleg skilyrði. Þetta er annað nýmæli sem kom inn í lögin með lagabreytingunni 2012. Þessi atriði sem nefnd eru að ofan eru ekki tæmandi en sýslumaður þarf einnig að líta til stöðu og aðstæðna umgengnisforeldris.<sup>142</sup>

## 5. Aðild

Hugtakið aðili eða málsaðili á við um þá, sem eiga þann hlut að dómsmáli að þeir geri þar kröfur um málsúrslit, þeim kröfum sé beint að þeim og dómsúrlausn málsins bindi þá, þessir aðilar eru þá sagðir eiga aðild að einkamáli. Í 1. másl. 1. mgr. 16. gr. laga um meðferð einkamála, hér eftir eml., segir að aðili dómsmáls getur verið hver sá einstaklingur, félag eða stofnun, sem getur átt réttindi eða borið skyldur að landslögum. Með hugtakinu aðildarhæfi er átt við þá eiginleika sem maður eða annars konar ópersónulegur aðili, verður að búa yfir til þess að mega njóta aðildar að dómsmáli, sbr. 1. mgr. 16. gr. eml. Í ákvæðinu er ekki vísað til þess hvenær maður eða ópersónulegur aðili séu til þess bærir að eiga réttindi og bera skyldur og njóti þar með aðildarhæfis, en vísað er til landslaga eða með öðrum orðum til fyrirhæfa annarra laga eða réttarreglna. Í raun eru það því aðrar reglur en réttarfarsreglur sem skera úr um það hvort aðili sé með aðildarhæfi samkvæmt reglunni í 1. mgr. 16. gr.<sup>143</sup> Hugtakið aðildarhæfi er náskýlt hugtakinu réttihæfi<sup>144</sup>, en það er hæfi til að eiga réttindi og bera skyldur.<sup>145</sup> Aðildarhæfi einstaklinga byggir á hæfi einstaklinga að lögum til að eignast réttindi og bera skyldur. Gengið er

<sup>142</sup> Alþt. 2011-2012, A- deild, þskj. 328 – 290 mál.

<sup>143</sup> Markús Sigurbjörnsson, Kristín Benediktsdóttir, Einkamálaréttarfar, Úlfljótur (2013) 59, 61.

<sup>144</sup> Björn Þ. Guðmundsson, *Lög bókin þín*, Örn og Örlygur (1989) 14.

<sup>145</sup> Sama heimild, 348.



út frá því að allir lifandi menn njóti réttshæfis. Réttshæfi manna kemur til við fæðingu og því lýkur við andlát. Þess ber þó að geta að fóstri er áskilið réttshæfi að nokkru leyti.<sup>146</sup>

Í einkamáli getur það gerst að dregið sé í efa að stefnandi sé sá maður eða sú lögpersóna sem á með réttu þá hagsmuni sem krafist er dóms um eða stefndi sé sá sem ber skyldu við kröfu stefnanda að lögum. Aðildarskortur leiðir til sýknu sbr. 2. mgr. 16. gr. eml. Það kann að vera sá annmarki á málatilbúnaði stefnanda að ekki verði ráðið hvers vegna hann telji sig vera réttan aðila til að halda uppi kröfu. Það þýðir ekki endilega að kröfu sé beint að röngum aðila, heldur skortir viðhlítandi upplýsingar. Slíkur galli á málatilbúnaði er vanreifun sem stafar af ófullnægjandi greinargerð um málið í stefnu.<sup>147</sup>

Skilgreiningu á hugtakinu aðili máls er hvergi að finna í stjórnslutölum nr. 37/1993, en almennt hefur verið gengið út frá því að einstaklingur sem stjórnvaldsákvörðun beinist að eða þá sá einstaklingur eigi verulegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta við úrlausn stjórnslumáls teljist aðili máls. Því fylgja ýmis réttindi að vera aðili að máli á stjórnslustigi, en flest ákvæði stjórnslulaganna eiga einungis við um aðila máls. Sem dæmi má nefna andmælaréttinn, upplýsingarétt, réttinn til að óska eftir rökstuðningi og réttinn til að kæra stjórnvaldsákvörðun eða óska eftir endurupptöku máls. Það getur því haft mikla þýðingu fyrir einstakling að teljast aðili að stjórnslumáli sem snertir persónulega hagsmuni hans.<sup>148</sup> Yfirleitt leikur ekki vafi á því hver telst aðili máls, enda er það eins og áður sagði yfirleitt sá er stjórnvaldsákvörðun beinist að. Hugtakið aðili máls hefur því að geyma fremur fastmótaðan kjarna þar sem augljóst er hver telst aðili máls við ákveðnar aðstæður.<sup>149</sup>

Beinir hagsmunir manns vísa til þess hve náíð viðkomandi tengist hagsmunum af úrlausn málsins. Það er þó ekki útilokað að maður eða lögaðili geti átt beina eða afleidda hagsmuni af úrlausn máls. Ef vafi leikur á því hvort einstaklingur hafi réttarstöðu aðila máls er oftast lögð áhersla á það sjónarmið hversu verulegir hagsmunir viðkomandi einstaklings eru af úrlausn málsins. Því meiri hagsmuni sem einstaklingur hefur, því meiri líkur eru á því að hann teljist aðili máls, standi önnur sjónarmið ekki þar í vegi fyrir. Þannig verður viðkomandi að eiga sérstakra

---

<sup>146</sup> Markús Sigurbjörnsson, Kristín Benediktsdóttir, *Einkamálaréttarfar*, Úlfjótur (2013) 61.

<sup>147</sup> Sama heimild, 87-88.

<sup>148</sup> Elísabet Gísladóttir, Aðild og fyrisvar barna í Stjórnslumálum, Stjórnarráð Íslands, Stjórnslulögin 25 ára, (2020) 118.

<sup>149</sup> Páll Hreinsson, Trausti Fannar Valsson, Stjórnsluréttur, Úlfjótur (2016), 183.

hagsmuna að gæta af úrlausn málsins svo hann geti talist aðili máls. Lögvarðir hagsmunir er síðan hver uppspretta og eðli hagsmuna aðila er.<sup>150</sup>

Eins og fram hefur komið hefur orðið gríðarleg breyting á stöðu barna í samfélaginu. Réttarþróunin hefur verið sú að börnum hefur verið veittur rýmri réttur til þess að hafa áhrif á eigið líf, með því að löggjöfin kveði á um rétt barna til að láta skoðanir sínar í ljós í málum er þau varða, en auk þess er lögð sú skylda á þá sem taka ákvörðun sem varðar barn, að taka réttmætt tillit til skoðana þeirra. Aðildarhæfi vísar til þeirra eiginleika sem einstaklingur eða lögpersóna verður að búa yfir til þess að geta notið aðildar að dómsmáli. Ljóst er að börn geta, á sama hátt og fullorðnir, átt beina, sérstaka, verulega og lögvarða hagsmuni af úrlausn stjórnslumáls.<sup>151</sup> Sem dæmi má nefna mál er varða forsjá barna, lögheimili þeirra eða umgengni við foreldra, en börn eiga augljósra og beinna hagsmuni að gæta af úrlausn slíkra mála.

### 5.1. Aðildarhæfi barna

Þegar meta á hvort að börn geti talist aðilar að stjórnslumálum þarf fyrst að skera úr um það hvort að börn njóti aðildarhæfis yfirleitt. Ljóst er að börn geta átt sjálfstæð réttindi samkvæmt lögum og njóta réttshæfis til samræmis við það, börn eru því aðildarhæf en þau skortir oft á tíðum gerhæfi.<sup>152</sup> Það sem skiptir hvað mestu máli varðandi gerhæfi er lögræði, en það er tvenns konar.<sup>153</sup> Menn verða almennt sjálfráða og fjárráða þegar þeir hafa náð 18 ára aldri.<sup>154</sup> Með tilkomu barnasáttmálans var ný sýn á réttindi barna innleidd og var ekki lengur litið á börn eingöngu sem viðkvæma einstaklinga sem þurfa á vernd að halda, heldur fyrst og fremst sem réttihafa sem eiga rétt á því að taka þátt í samfélaginu og fá að hafa áhrif á eigið líf og aðstæður. Í barnasáttmálanum er ekki kveðið á um aðildarhæfi barna fyrir dómstólum og úrskurðaraðilum með beinum hætti og eins og áður hefur komið fram er ekki einhugur um ágæti þess að veita börnum sjálfstæða aðild eins og umræðan um þriðju valfrjálsu bókunina sýnir glögg.

---

<sup>150</sup> Sama heimild, 184-186.

<sup>151</sup> Markús Sigurbjörnsson, Kristín Benediktsdóttir, Einkamálaréttarfar, Úlfjótur (2003) 87.

<sup>152</sup> Elísabet Gísladóttir, Aðild og fyrirvar barna í Stjórnslumálum, Stjórnarráð Íslands, Stjórnslulög 25 ára, (2020) 132.

<sup>153</sup> Björn Þ. Guðmundsson, Lög bókin þín, Örn og Örlygur (1989) 165.

<sup>154</sup> Stjórnarráðið.is, „Lögræði“, < <https://www.stjornarradid.is/verkefni/personurettur/lograedi/>>, skoðað 22. nóvember 2020.

Í stjórnslurétti er sá er kemur fram fyrir annars hönd, samkvæmt stöðumboði, almennri tilkynningu eða prókúruumboði, kallaður fyrirvarsmaður. Eins og fyrr segir þá fer forsjárforeldri með lögformlegt fyrirvar barns síns. Í þeim tilvikum sem barn á aðild að stjórnslumáli er það þannig í höndum forsjáraðila að koma fram í málinu sem fyrirvarsmaður þess, en það leiðir af áðurnefndum forsjárkvæðum barnalöggjafarinnar. Í þeim tilvikum sem ekki er tekin bein afstaða til fyrirvars foreldra í lögum, hefur sú meginregla verið við lýði að forsjármenn barns verði að taka þátt í meðferð stjórnslumáls þar sem ætlunin er að taka stjórnvaldsákvörðun í umræddu máli. Réttur barns til þess að tjá skoðanir sínar í stjórnslumáli er lögfestur bæði í barnalögum og í barnasáttmálanum, sbr. lög nr. 19/2013. Mikilvægt er þó að gera greinarmun á annars vegar skyldu foreldra og hins vegar skyldu stjórnvalds til að hafa samráð við barn áður en ákvörðun um málefni er það varðar er tekin. Þó svo að foreldrum barns beri skylda til að hafa samráð við barn sitt, í samræmi við aldur þeirra og þroska, getur barn einnig átt rétt til þess að tjá sig sjálfstætt og með beinum hætti við stjórnvöld um mál sem það varðar.<sup>155</sup> Barnaréttarnefndin hefur gefið út almenna athugasemd nr. 5 en þar áréttar nefndin mikilvægi þess að börnum verði gert kleift að leita réttar síns. Til þess að þessi réttur barna nái fram að ganga verða úrræði að vera skilvirk. Aðildarríki þurfa að tryggja að þær leiðir sem börn geta farið innanlands til að leita réttar síns séu með þeim hætti að þær henti börnum og eftir atvikum fulltrúum þeirra. Hægt væri að gera slíkt með því að veita þeim barnvænar upplýsingar og ráðgjöf sem og að veita þeim aðgang að kvörtunarleið og óháðri málsmeðferð.<sup>156</sup>

Almennt á barn ekki rétt á að því sé skipaður umboðsmaður, án samþykkis forsjáraðila, þar sem þeir fara eins og áður sagði með lögformlegt fyrirvar barnsins. Frá þessu eru þó undantekningar ef sérstök lagaheimild stendur til þess. Nokkur dæmi um slíkt er að finna í lögum, en þær varða flestar þær aðstæður þegar hagsmunir barns og foreldra eða lögráðamanns fara ekki saman. Sem dæmi má nefna þær aðstæður þegar barnaverndarnefnd hefur kannað aðstæður barns eftir að nefndinni t.d. berst tilkynning um áhyggjur af barni, en þá ber nefndinni að taka afstöðu til þess hvort þörf sé á að skipa barni talsmann<sup>157</sup>, sbr. 3. mgr. 46. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, hér eftir bvl.

---

<sup>155</sup> Páll Hreinsson, Trausti Fannar Valsson, Stjórnsluréttur, Úlfjótur (2016), 192, 194.

<sup>156</sup> UNCRC General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (27. nóvember 2003) UN Doc CRC/GC/2003/5.

<sup>157</sup> Páll Hreinsson, Trausti Fannar Valsson, Stjórnsluréttur, Úlfjótur (2016), 195.

Líkt og fyrri umfjöllun gefur til kynna njóta börn yfirleitt ekki sjálfstæðrar aðildar og fara þar að leiðandi ekki með eigið fyrirvar, en dæmi eru um að alþjóðlegir aðilar á sviði dómstóla hafi viðurkennt börn sem sjálfstæða aðila eins og nánar er fjallað um í kafla 5.2. Þannig er aðgangur barna að réttarræðum háður því skilyrði að forsjáraðilar þeirra reki mál fyrir þeirra hönd eða láti það til sín taka að öðru leyti. Þó svo að foreldrar séu í flestum tilvikum færir um að gæta hagsmuna barna sinna og taka ákvarðanir út frá bestu hagsmunum þeirra, eins og þeim ber samkvæmt ákvæðum barnalaga, þá er ljóst að hætta er á að hagsmunir barna fari forgörðum í einhverjum tilvikum, vegna tómlætis forsjáraðila eða ákvarðana þeirra fyrir hönd barna. Ljóst er að finna þarf ákveðið jafnvægi á milli þess að tryggja að réttindi barna séu virt og á sama tíma veita þeim þá vernd sem aldur þeirra og þroski krefst.

#### 5.1.1. Börn sem aðilar barnaverndarmála

Fjallað er um meginmarkmið barnaverndarstarfs í 1. mgr. 2. gr. bvl. Þar segir að hlutverk barnaverndaryfirvalda sé að tryggja að börn sem búa við óviðunandi aðstæður eða börn sem stofna heilsu sinni og þroska í hættu fái nauðsynlega aðstoð. Leitast skal við að ná markmiðum laganna með því að styrkja fjölskyldur í uppeldishlutverki sínu og beita úrræðum til verndar einstaka börnum þegar það á við. Eðli málsins samkvæmt eru barnaverndarmál viðkvæm mál sem meðhöndla þarf af varfærni. Í barnaverndarstarfi skal ávallt skal beita þeim ráðstöfunum sem ætla má að séu barni fyrir bestu,<sup>158</sup> en reglan kom inn sem nýmæli í barnaverndarstarfi með gildistöku barnaverndarlaga nr. 80/2002.<sup>159</sup>

Barn sem hefur náð 15 ára aldri er talið aðili barnaverndarmáls samkvæmt ákvæðum 25., 27., 2. mgr. 34., 74. og 81. gr. laganna, sbr. 1. mgr. 46. gr. bvl. Ákvæðið um aðild barna var eitt nýmæli í barnaverndarstarfi sem komið var á við setningu núgildandi barnaverndarlaga. Reglan er í samræmi við gildandi reglur í nágrannaríkjum okkar. Með reglunni er tryggt að börn sem hafa náð 15 ára aldri séu sjálfstæðir aðilar máls með öllum þeim réttindum sem því fylgja.<sup>160</sup> Í 2. mgr. 46. gr. bvl. kemur fram að barni skuli gefinn kostur á því að tjá sig um mál sem það varðar, í samræmi við aldur þess og þroska og að auki skuli taka réttmætt tillit til skoðana þess við

---

<sup>158</sup> Stjórnarráðið.is, „Barnavernd“, < <https://www.stjornarradid.is/verkefni/felags-og-fjolskyldumal/malefni-barna/barnavernd/>>, skoðað 16. nóvember 2020.

<sup>159</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Hafdís Gísladóttir, Skipan talsmanns fyrir börn – grundvöllur ákvörðunar og framkvæmd, Stjórnsmál og stjórnslá, 2. tbl. 11 árg. (2015) 321.

<sup>160</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, þskj. 403 – 318. mál.

úrlausn málsins.<sup>161</sup> Í 55. gr. bvl. segir að barni sem náð hefur 15 ára aldri, skuli tilkynnt um málshöfðun á grundvelli ákvæða barnaverndarlaga og jafnframt gefinn kostur á að gæta réttar síns. Barni er þá heimilt að ganga inn í mál með meðalgöngustefnu. Um milligöngu er fjallað í 20. gr. eml., skv. því er þriðja manni heimilt að ganga inn í mál annarra, ef að úrslit þess skipta hann máli að lögum. Í málum sem þessum ber að stefna báðum eða öllum upphaflegum aðilum málsins og gera kröfu um að honum verði leyfð meðalganga og að það verði dæmt þannig að sakarefnið eða dómur falli þannig að réttur hans verði verndaður. Ástæða þess að þessi leið er valin er svo að ekki sé skylt að stefna barni inn í mál, heldur er því gefinn kostur á að gæta réttar síns. Þessari málsmeðferðarreglu er ætlað að stuðla að því að treysta réttarstöðu barna í barnaverndarmálum enda ljóst að barnaverndarmál varðar mikilvæga, sérstaka og viðkvæma persónulega hagsmuni barns. Þannig fær barn sem náð hefur 15 ára aldri óskoraðan rétt til þess að tjá sig um mál á sama hátt og foreldrar þess, það hefur sjálfstæðan aðgang að öllum gögnum málsins og getur jafnframt átt rétt á aðstoð lögmanns. Að auki er heimilt að skipa barni eldra en 15 ára talsmann með sömu skilmálum og gilda um yngri börn.<sup>162</sup>

Af framangreindu má álykta að löggjafinn hefur talið mikilvægt að tryggja stálpuðum börnum sjálfstæða aðild í barnaverndarmálum, til þess að treysta réttarstöðu þeirra, og tryggja að niðurstaða slíkra mála byggji raunverulega á því sem er barni fyrir bestu, eins og kveðið er á um í 4. gr. bvl., sem og 3. gr. barnasáttmálans. Sömu sjónarmið eiga þó fullum fetum við um mál þar sem foreldrar barns eiga í ágreiningi um forsjá barns, lögheimili eða umgengni. Þar er einnig um að ræða mikilvæga, sérstaka, og persónulega hagsmuni barns, enda er í slíkum málum verið að útkljá atriði er varða tengsl barns við foreldra, búsetu þess og daglegt líf. Í þeim málum eiga börn ekki sjálfstæða aðild en nánar er fjallað um þetta í kafla 6.

### 5.1.2. Úrskurðir Persónuverndar í málum sem varða börn

Töluverðar breytingar voru gerðar á persónuverndarlöggjöfinni hér á landi þegar lög nr. 90/2018, um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, hér eftir pvl., tóku gildi. Markmið laganna er að stuðla að því að farið sé með persónuupplýsingar í samræmi við grundvallarsjónarmið og reglur um persónuvernd og friðhelgi einkalífsins.<sup>163</sup> Persónuupplýsingar eru allar þær upplýsingar sem

<sup>161</sup> Páll Hreinsson, Trausti Fannar Valsson, Stjórnsýsluréttur, Úlfljóttur (2016), 318.

<sup>162</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, þskj. 403 – 318. mál.

<sup>163</sup> Alþt. 2017-2018, A-deild, þskj. 1029 - 622. mál.

hægt er að tengja við einstakling og gera hann persónugreinanlegan.<sup>164</sup> Í persónuverndarlöggjöfinni er sérstök áhersla lögð á að tekið sé tillit til réttinda barna sem oftast en ekki eru ófær um að gefa samþykki sitt eða nýta sér þau réttindi sem skráðir einstaklingar almennt njóta samkvæmt löggjöfinni. Börn eiga rétt á friðhelgi einkalífs og persónuvernd, á sama hátt og aðrir, en þessi réttur barna er tryggður í stjórnarskránni, barnasáttmálanum og persónuverndarlögunum eins og áður sagði. Persónuupplýsingar barna njóta jafnframt sérstakrar verndar, þar sem líkur eru á að þau séu síður meðvituð um áhættu, afleiðingar og réttindi sín í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga eins og fram kemur í reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (ESB) 2016/679 sem íslenska persónuverndarlöggjöfin byggir á.<sup>165</sup> Barn er talið geta veitt samþykki sitt fyrir vinnslu persónuupplýsinga þegar það er orðið 13 ára gamalt, skv. persónuverndarlöggjöfinni. Fram að þeim aldri þarf foreldri barns að veita samþykki fyrir vinnslu persónuupplýsinga um það. Þó svo að forsjárforeldri fari með lögformlegt fyrirvar barns ber því að hafa samráð við barn sitt í samræmi við aldur þess og þroska áður en málefnum þess er ráðið til lykta, en það á einnig við um vinnslu persónuupplýsinga um það.<sup>166</sup>

Hér á landi er stofnuninni Persónuvernd falið það hlutverk að hafa eftirlit með lögum og reglum um vinnslu persónuupplýsinga en stofnunin hefur lagt ríka áherslu á persónuvernd barna og áréttað sérstaklega mikilvægi þess að foreldrar leiti samþykkis barna sinna áður en birtar eru myndir eða rætt er um þau á samfélagsmiðlum, með tilliti til þroska og aldurs barnanna hverju sinni. Hafa ber í huga að börn geta haft skoðun á myndbirtingu og umfjöllun um þau, þrátt fyrir ungan aldur og því hefur Persónuvernd biðlað til foreldra að taka mið af skoðunum barna sinna áður en það birtir myndir eða umfjöllun um þau á netinu. Myndir sem fara á netið er yfirleitt hægt að finna síðar og er því nauðsynlegt að foreldrar setji sig í spor barnsins og hugsu um áhrif umfjöllunar eða mynda sem gætu haft á barnið síðar.<sup>167</sup> Í máli Persónuverndar frá 2020<sup>168</sup> var úrskurðað í máli er sneri að birtingu fósturmóður á mynd af fósturbarni. Kynmóðir barnsins var

---

<sup>164</sup> Persónuvernd.is, „Ábending frá Persónuvernd vegna misskilnings í skólasamfélagi um gildissvið nýrra persónuverndarlaga“, Personuvernd.is, <<https://www.personuvernd.is/media/frettir/Abending-fra-Personuvernd-vegna-misskilnings-i-skolasamfelaginu-um-gildissvid-nyrra-personuverndarlaga.docx.pdf>> skoðað 19. nóvember 2020.

<sup>165</sup> Alpt. 2017-2018, A-deild, þskj. 1029 – 622. mál.

<sup>166</sup> Handbook on European data protection law. Útg. 2018, 150.

<sup>167</sup> Persónuvernd.is, „Hvaða sjónarmið eiga við um myndbirtingar af börnum á netinu?“ <<https://www.personuvernd.is/fyrirtaeki-og-stjornsysla/spurt-og-svarad/allar-spurningar-og-svor/born-1>>, skoðað 21. nóvember 2020.

<sup>168</sup> Mál nr. 2020010723.

sú sem kvartaði undan myndbirtingunni. Í málinu komst Persónuvernd að þeirri niðurstöðu að birting ljósmyndanna sem voru aðgengilegar almenningi félli undir gildissvið persónuverndarlaga en var umrædd myndbirting talin heimil á grundvelli 6. tl. 1. mgr. 9. gr. pvl., en þar segir að vinnsla persónuupplýsinga sé heimil ef hún er talin nauðsynleg vegna lögmætra hagsmuna sem ábyrgðaraðili gætir nema hagsmunir eða grundvallarréttindi og frelsi hins skráða sem krefst verndar persónuupplýsinga vegi þyngra, einkum þegar hinn skráði er barn. Við hagsmunamatið var meðal annars skoðað hvort að um viðkvæmar persónuupplýsingar var að ræða eða hvort að upplýsingarnar væru þess eðlis að birting þeirra væri til þess fallin að hafa neikvæð áhrif á barnið, en svo reyndist ekki vera. Jafnframt var talið, með hliðsjón af þroska og aldri barnsins, að afstaða þess til álitafnisins ætti að hafa vægi í málinu, en barnið var 13 ára gamalt og var hlynnt myndatökunni. Umrætt mál er þannig dæmi um mál þar sem hagsmunir foreldra og hagsmunir barna fara ekki saman eins og við getur átt í barnaverndarmálum, sbr. umfjöllun í kafla 5.1.1., en brýnt er að börn fái ávallt tækifæri til að fá að hafa áhrif á niðurstöðu mála sem geta haft mikil áhrif á daglegt líf þeirra.

### 5.1.3. Aðgengi barna að opinberum úrskurðaraðilum

Aðgangur að réttarúrræðum eru mannréttindi, barnasáttmálinn viðurkennir börn sem sjálfstæða rétthafa og ættu þau því að geta leitað réttar síns, rétt eins og fullorðnir. Sú nálgun að þátttaka barna væri frjáls, stuðlaði að breyttri stöðu barna sem nú eru talin virkir þátttakendur í málum sem þau varða frekar en aðgerðarlaus fórnarlömb. Ein stærsta hindrun þess að börn geti leitað réttar síns er skortur þeirra á hæfi. Hugmyndir um barnæskuna og börn sem eingöngu viðkvæma einstaklinga í þörf fyrir vernd, hefur tilhneigingu til þess takmarka aðgengi barna að réttarúrræðum. Þar sem börn hafa ekki alltaf möguleikann á því að tæma allar kæruleiðir innanlands líkt og oft er krafist, hafa alþjóðlegar stofnanir viðurkennt nokkrar undantekningar frá því, sbr. til dæmis þriðju valfrjálsu bókunina.<sup>169</sup> Í leiðbeiningarreglum ráðherranefndar Evrópuráðsins um barnvænlega réttarvörslu kemur fram að nauðsynlegt er að upplýsa börn vandlega og leita álits þeirra á þeim möguleikum sem standa þeim til boða við að leysa mál, bæði

---

<sup>169</sup> Liefgaard T., Sloth-Nielsen J., 25 Years CRC: Reflecting on Successes, Failures and the Future, Brill / Nijhoff (2017) 133-134

fyrir dómstólum eða með öðrum aðferðum utan réttar.<sup>170</sup> Mikilvægt er að börn hafi greiðan aðgang að upplýsingum um eigin réttindi og tiltæk úrræði ef á þeim er brotið.<sup>171</sup>

Í úrskurði Persónuverndar sem fjallað er um í kafla 5.1.2 er ljóst að sjónarmið barnsins sem þar átti í hlut, höfðu lykiláhrif á endanlega niðurstöðu málsins. Þó er ljóst að í mörgum tilvikum eiga stofnanir og úrskurðaraðilar í vandkvæðum með að skera úr um það hvenær á að veita börnum áheyrn eða aðkomu að máli og hvort forsjáradilum sé heimilt að kvarta fyrir þeirra hönd. Umboðsmaður barna framkvæmdi könnun meðal opinberra stofnana árið 2014 um aðgengi barna að kvörtunar- og úrskurðaraðilum. Sýndu niðurstöður könnunarinnar að aðeins örfáar stofnanir voru reiðubúnar að taka við kvörtunum frá börnum og að skortur var á þekkingu hjá starfsfólki stofnana um barnvæna málsmeðferð.<sup>172</sup> Í þessu samhengi má nefna álit umboðsmanns Alþingis í máli frá 2018.<sup>173</sup> Forsaga málsins er sú að móðir hafði leitað til Persónuverndar vegna myndbirtingar barnsföður síns af dóttur þeirra á Facebook-síðu sinni gegn vilja dótturinnar.<sup>174</sup> Persónuvernd vísaði málinu frá og byggði frávísunina á þeim rökum að nauðsynlegt væri að kvörtunin kæmi beint frá dótturinni sjálfri en ekki móðurinni. Í framhaldi leitaði móðirin til umboðsmanns Alþingis. Í almennri lýsingu Persónuverndar á málinu kemur fram að kvörtun móðurinnar hafi verið lögð fram fyrir hönd unglingsdóttur hennar. Við meðferð málsins taldi Persónuvernd nauðsynlegt að taka til skoðunar hver aðkoma dótturinnar ætti að vera m.a. með hliðsjón af ákvæðum barnalaga og barnasáttmálanum. Leitað var álits umboðsmanns barna sem taldi rétt að stúlkan fengi tækifæri á að koma sínum sjónarmiðum að áður en úrskurður yrði kveðinn upp í málinu. Persónuvernd óskaði því eftir því að móðirin sýndi fram á að beiðnin væri í samræmi við vilja dótturinnar en móðirin upplýsti Persónuvernd um að samskipti hennar við dótturina um málið væru munnlegar og því væru engin gögn til því til staðfestingar að um vilja barnsins væri að ræða. Með tilliti til aldurs dótturinnar, eðli álitaefnisins og sjónarmiða um sjálfsákvörðunarrétt barna, sem og með hliðsjón af fordæmisgildi ákvörðunarinnar var það afstaða Persónuverndar að vísa bæri málinu frá. Móðurinni var síðan leiðbeint í framhaldinu um

---

<sup>170</sup> Leiðbeiningarreglur ráðherranefndar Evrópuráðsins um barnvænlega réttarvörslu, 2010, 8

<sup>171</sup> Liefgaard T., Sloth-Nielsen J., 25 Years CRC: Reflecting on Successes, Failures and the Future, Brill / Nijhoff (2017) 135.

<sup>172</sup> Umboðsmaður barna, Supplementary Report From The Ombudsman for Children in Iceland (2020) 4.

<sup>173</sup> Mál nr. 9524/2017.

<sup>174</sup> Mál nr. 2016/1644.



að dóttirin gæti borið upp kvörtun í eigin nafni, sem hún síðan gerði og var föður barnsins gert að fjarlægja myndina innan tilskilins tíma.

Móðirin leitaði í kjölfarið til umboðsmanns Alþingis eins og áður sagði og kvartaði yfir frávisun Persónuverndar á þeirri forsendu að nauðsynlegt væri að kvörtunin kæmi fram frá dótturinni sjálfri. Í samskiptum Persónuverndar við umboðsmann Alþingis vegna málsins kom fram að mat stofnunarinnar væri það að gagnstæð niðurstaða, þ.e. að forsjárforeldri væri réttur aðili að slíku kvörtunarmáli, hefði skapað varasamt fordæmi. Vísaði Persónuvernd til þess að barn á þessum aldri er stálpað og hefur aldur og þroska til þess að mynda sér skoðun á álitafninu. Einnig taldi Persónuvernd það óheppilegt að barn gæti ekki leitað réttar síns fyrr en það hefði náð lögræðisaldri. Í niðurstöðu sinni áréttaði umboðsmaður Alþingis að frávisun Persónuverndar væri brot á bæði barnalögum og barnasáttmálanum enda eiga börn rétt á því að tjá sig og hafa áhrif. Umboðsmaður taldi að Persónuvernd hafi borið að hafa samráð við barnið áður en til frávisunar kom, enda ætti sú staðreynd að forsjárforeldri barnsins hafi sett málið fram, ekki að koma í veg fyrir að yfirvald leiti áhlits hjá barninu, sérstaklega þar sem kvörtunin varðaði mikilvæga hagsmuni þess. Þeim tilmælum var beint til Persónuverndar að taka framvegis mið af þeim sjónarmiðum sem komu fram í umræddu áliti. Þessi úrskurður er afar mikilvægur enda undirstrikar hann meginregluna um rétt barna til þess að tjá skoðanir sínar í málum sem þau varða, óháð vilja og afstöðu forsjáraðila. Í svarbréfi Persónuverndar til umboðsmanns Alþingis, dags. 11. febrúar 2019, í tilefni af fyrirspurn um málið, kemur fram að framvegis verði tekið fullt tillit til þessara sjónarmiða við afgreiðslu sambærilegra mála. Þá segir enn fremur í bréfi Persónuverndar að skýrari leiðbeininga kunni að vera þörf gagnvart stofnunum og öðrum sem komi að meðferð mála sem varða börn. Meðal þeirra atriða sem Persónuvernd telur að þarfnist frekari skoðunar við og setja þurfi fram leiðbeiningar um eru hvenær rétt sé að börn eigi aðild að stjórnsýslumálum án þess að forsjárforeldrar eigi hlut að máli og hvaða leiðir séu heppilegastar til að afla réttra upplýsinga um afstöðu barns til álitafnis, eins og þegar barni er jafnvel stillt upp gegn foreldri sínu í slíkum málum. Engar slíkar leiðbeiningar hafa þó verið gefnar út og niðurstöður nýlegrar könnunar embættis umboðsmanns barna, um innleiðingu barnasáttmálans hjá opinberum stofnunum, sýna að enn er mikið verk óunnið. Niðurstöður könnunarinnar sýndu að aðeins 11% stofnana svöruðu því til að vera með texta á vefsíðum sínum sem eru á einföldu máli sem börn skilja og einungis 18% stofnana sögðust hafa gefið út fræðslufni sem er

barnvænt. Þá svaraði meirihluti stofnana því til að ekki hafi verið gripið til neinna sérstakra ráðstafana með það að markmiði að innleiða barnasáttmálann í viðkomandi starfsemi.<sup>175</sup>

## 5.2. Rétturinn til að fá úrlausn mála sinna

Rétturinn til að fá úrlausn mála sinna er nátengdur öðrum mannréttindum og er oft forsenda þess að einstaklingar fái í raun notið þeirra réttinda sem lög og alþjóðlegir samningar og sáttmálar á sviði mannréttinda kveða á um. Þannig er aðgangur að dómstólum og öðrum réttarúrræðum ein af grunnstoðum réttarríkisins, sem gerir einstaklingum kleift að knýja fram réttindi sín, og láta reyna á ákvarðanir sem beint er að þeim eða snerta þá með öðrum hætti. Þá er í flestum alþjóðasamningum kveðið sérstaklega á um aðgang að réttarúrræðum og má sem dæmi nefna Mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna, en í 8. gr. yfirlýsingarinnar<sup>176</sup> segir að „Hver sá sem sætir meðferð, sem brýtur í bága við grundvallarréttindi þau sem tryggð eru í stjórnarskrá eða lögum, skal eiga rétt á raunhæfu úrræði fyrir lögbærum dómstólum landsins“.

Almennt er viðurkennt að börn séu réttahafar og njóti allra helstu grundvallarmannréttinda, en þó eru afar skiptar skoðanir á því hvort, og þá að hvaða marki, ólögráða börn eigi sjálfstæðan rétt á því að leita réttar síns fyrir dómstólum, og hvort þeim sé heimilt eða skylt, að gera það fyrir milligöngu talsmanns eða annars réttargæslumanns.

Eins og áður hefur komið fram, hefur barnasáttmálinn haft víðtæk áhrif á réttarstöðu barna, með því að viðurkenna börn sem einstaklinga, sem eiga að njóta til fulls þeirra réttinda sem kveðið er á um í sáttmálanum og í öðrum tengdum alþjóðasamningum á sviði mannréttinda. Í barnasáttmálanum er þó ekki kveðið með beinum hætti á um aðildarhæfi barna, eða aðgang þeirra að réttarúrræðum. Á síðustu áratugum hefur þó orðið heilmikil þróun á því alþjóðlega réttarsviði sem á ensku er yfirleitt kallað *access to justice for children*. Sú þróun hefur ekki síst átt sér stað fyrir tilstilli alþjóðlegra aðila á sviði mannréttinda, en þar má sem dæmi nefna Mannréttindaráð Sameinuðu þjóðanna, Mannréttindafulltrúa Sameinuðu þjóðanna, UNICEF og fleiri. Einnig hefur réttarframkvæmd í ríkjum víða um heim stutt við þá þróun, þar sem málum barna fyrir innlendum dómstólum hefur fjölgað og þeim aðilum sem viðurkenna aðildarhæfi barna sömuleiðis.<sup>177</sup>

<sup>175</sup> Umboðsmaður barna, Innleiðing barnasáttmálans, Staða á innleiðingu barnasáttmálans (2020) 10.

<sup>176</sup> Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna, Stjórnarráðið (2008) 8.

<sup>177</sup> Liefaard T., Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda, Brill Nijhoff, (2019) 203.

### 5.2.1. Mannréttindasáttmáli Evrópu

Mannréttindasáttmáli Evrópu leggur þær skyldur á aðildarríkin að tryggja öllum einstaklingum á þeirra yfirráðasvæði þau réttindi og frelsi sem skilgreind eru í sáttmálanum. Mannréttindadómstól Evrópu er síðan ætlað að tryggja að aðildarríki Evrópuráðsins virði þau réttindi sem kveðið er á um í sáttmálanum og geta einstaklingar leitað til dómstólsins, ef þeir telja að ríki hafi brotið gegn þeim réttindum sem þar er kveðið á um, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum.<sup>178</sup>

Mannréttindadómstóll Evrópu var fyrsti alþjóðlegi dómstóllinn til þess að viðurkenna aðildarhæfi barna. Dómstóllinn gerir ekki greinarmun á fullorðnum og börnum, erlendum eða innlendum ríkisborgurum, konum og körlum, allir þeir sem telja að brotið hafi verið á rétti sínum, eiga rétt á því að kæra mál til dómstólsins. Fyrstu málin er vörðuðu börn komu til kasta dómstólsins í kringum 1970, en málum af þeim toga hefur fjölgað eftir tilkomu barnasáttmálans og hefur nokkur þróun átt sér stað í dómaframkvæmd mannréttindadómstóls Evrópu hvað varðar börn og framfylgd réttinda þeirra.<sup>179</sup> Í 34. gr. laga um mannréttindasáttmála Evrópu, hér eftir MSE, er að finna afar mikilvæga reglu, en þar kemur fram að dómstólnum sé heimilt að taka við kærum frá hvaða einstaklingi sem er, samtökum eða hópi einstaklinga sem halda því fram að samningsaðili hafi brotið á þeim réttindi þau sem lýst er í samningnum og samningsviðaukum við hann. Aðilar að samningnum hafa skuldbundið sig til þess að hindra ekki á nokkurn hátt raunhæfa beitingu þessa réttar. Í 35. gr. MSE. koma fram þau skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt til þess að mál sé tækt skv. 34. gr.<sup>180</sup> Greinin á ekki bara við um fullorðna, hún á líka við um börn en greinin gerir ekki kröfu um að barn sem aðili fari með eigið fyrirvar, svo lengi sem umrætt barn hafi orðið fyrir beinum og persónulegum áhrifum brotsins. Það ætti því ekkert að vera því til fyrirstöðu að börn geti nýtt sér þessa heimild ef að skilyrði 35. gr. eru uppfyllt. Hér verða raktir nokkrir dómar þar sem börn leituðu réttar síns fyrir Mannréttindadómstól Evrópu.

Árið 2002 handtóku belgísk yfirvöld fimm ára stúlku frá Kongó á flugvelli þar sem hún var ekki með nauðsynleg ferðaskilríki. Stúlkan var á ferð með frænda sínum og var á leið til móður sinnar sem hafði fengið stöðu flóttamanns í Kanada. Eftir handtökuna dvaldi stúlkan í móttökustöð fyrir umsækjendur um alþjóðlega vernd í tvo mánuði. Dómstóll í Belgíu komst

<sup>178</sup> Stjórnarráðið.is, Mannréttindi og jafnrétti, <<https://www.stjornarradid.is/verkefni/mannrettindi-og-jafnretti/mannrettindi/mannrettindadomstoll-evropu/>>, skoðað 6. desember 2020.

<sup>179</sup> Liefaard T., Sloth-Nielsen J., 25 Years CRC: Reflecting on Successes, Failures and the Future, Brill / Nijhoff (2017) 129-130

<sup>180</sup> Alþt. 1993-1994, A-deild, þskj. 117 – 102. mál.

síðan að þeirri niðurstöðu að vistun barnsins í lokuðum búðum með fullorðnum einstaklingum braut gegn barnasáttmálanum, og var stúlkunni í kjölfarið sleppt úr búðunum og vísað úr landi án fylgdar, til Kongó, þar sem enginn stuðningur eða fjölskylda beið hennar. Í kærú sinni gegn Belgíu til MDE hélt stúlkán því fram, ásamt móður sinni, að þvinguð vistun hennar á móttökustöðinni og brottvísunin væru brot gegn 3., 8., 5., og 13. gr. MSE. Niðurstaða dómstólsins var sú að Belgía hafi brotið gegn 3., 5., og 8.gr. MSE.

Þarna má segja að MDE hafi nýtt tækifærið sem gafst í máli stúlkunnar til að varpa ljósi á mikilvægi þess að börnum sé veitt sérstök vernd við allar aðstæður á yfirráðasvæði aðildarríkja, óháð því hvort þau dvelji þar löglega eður ei.<sup>181</sup> Margar kærur sem lagðar hafa verið fram af hálfu barna fyrir dómstólnum snúa að réttlátri málsmeðferð en sem dæmi um það má nefna eitt umtalaðasta sakamál síðustu áratuga þar sem börn voru sakborningar. Forsaga málsins er sú að tveir 10 ára drengir voru sakfelldir fyrir morð á yngra barni í Englandi en málið var afar umtalað og vakti mikinn óhug meðal almennings. Fyrir Mannréttindadómstólnum var því haldið fram að brotið hafi verið gegn rétti þeirrar til réttlátrar málsmeðferðar en meðferð málsins fór fram í opnum dómssal þar sem sakborningar þurftu að mæta fjandsamlegum hópi áhorfenda og fjölda blaðamanna. Þá tók málsmeðferðin lítið mið af aldri þeirra og var í öllum meginatriðum eins og í sakamálum fullorðinna sakborninga. Voru þeir sakfelldir fyrir morð og dæmdir til ótímabundinnar fangelsisvistunar, háð endurskoðun og ákvörðun innanríkisráðherra og sérstakrar nefndar. Fyrir dómstólnum var því einnig haldið fram að refsing af þeim toga bryti gegn ákvæðum MSE um vernd gegn ómannlegri refsingu. Niðurstaða dómstólsins var sú að brotið hafi verið gegn rétti barnanna til réttlátrar málsmeðferðar, fyrirkomulag málsmeðferðar þeirra fyrir dómi hafi verið til þess fallin að koma í veg fyrir að þeir gætu nýtt sér aðstoð lögmanns, og að það fyrirkomulag að lengd fangelsisvistar þeirra væri í höndum innanríkisráðherra væri sömuleiðis í andstöðu við MSE. Í dómnum lagði dómstóllinn áherslu á að börn ættu rétt á sérmeðferð og að laga ætti meðferð dómsmála sem þau taka þátt í að því, hvort sem um er að ræða börn sem eru vitni eða sakborningar.<sup>182</sup> Hópur barna getur einnig komið fram saman, dæmi um þetta er mál átján tékkneskra róma-barna sem voru á aldrinum níu til fimmtán ára, en þau höfðu kvartað til MDE þar sem þau höfðu orðið fyrir mismunun á aðgengi að námi sökum

<sup>181</sup> ECtHR Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium no. 13178/03 (2006).

<sup>182</sup> ECtHR T.v. United Kingdom [GC] no. 24724/94 (1999) og ECtHR V. v. Royaume-Uni [GC] no. 24888/94 (1999).

uppruna síns. Börnunum var komið fyrir í sérstökum skólum fyrir börn með geðfötlun en fram kom að líkurnar á því að róma-börn færu í sérskóla væru 27 sinnum meiri en fyrir börn af öðrum uppruna. Kærendur héldu því fram að aðgreining á grundvelli kynþáttar eða þjóðernis feli í sér brot á rétti til menntunar, sbr. 14. gr. MSE, sbr. 2. gr. bókunar um réttinn til menntunar. Áhersla var lögð á að samningurinn fjallaði ekki aðeins um mismunun einstaklinga, heldur einnig hópa, t.d. á grundvelli kynþáttar eða þjóðernis. Yfirnefnd dómsins taldi að um óbeina mismunun barnanna væri að ræða og féllst því á kröfu kærenda<sup>183</sup> Í öðru máli var róma-börnum frá Króatíu gert að stunda nám í sérstakri skólastofu, aðskilin börnum af öðrum uppruna. Dómstóllinn lagði áherslu á þá staðreynd að kvartendur væru börn, sem ættu rétt á menntun og að um mikilvæg grundvallarréttindi væri að ræða. Mannréttindadómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að með þessu fyrirkomulagi náms var brotið gegn 6. og 14. gr. MSE, sbr. 2. gr. fyrstu bókunar sáttmálans.<sup>184</sup>

Möguleikar barna á því að leggja fram kærur eða kvartanir er í stöðugri þróun. Mannréttindaráð Sameinuðu þjóðanna hefur þegar tekið nokkrar kvartanir fyrir sem borist hafa frá börnum. Sem dæmi má nefna mál fylgdarlausss barns frá Kína sem sótti um alþjóðlega vernd í Hollandi, en fyrir lá, að á leiðinni til Hollands hafði barnið fyrst ferðast til Úkraínu með móður sinni. Barninu var synjað un alþjóðlega vernd þar sem hollensk yfirvöld töldu börn frá Kína ekki búa við neina hættu í sínu heimalandi og að þau uppfylltu almennt ekki skilyrði alþjóðlegrar verndar. Mannréttindaráðið komst að þeirri niðurstöðu að þar sem fjölskylda barnsins var staðsett í Evrópu þá myndi brottvísun til Kína þýða að hann myndi búa fjarri fjölskyldu sinni, myndi ekki njóta nauðsynlegs stuðnings, og myndi þ.a.l. líklega enda betlandi á götum í Kína.<sup>185</sup> Aðrar nefndir alþjóðlegra eftirlitsaðila geta einnig tekið til meðferðar mál barna en sem dæmi má nefna nefnd Evrópuráðsins um varnir gegn pyndingum og annarri vanvirðandi meðferð og ýmsar nefndir á vettvangi Sameinuðu þjóðanna, eins og nefnd um afnám allrar mismununar gagnvart konum og nefnd um afnám alls kynþáttamisréttis og nefnd um réttindi fatlaðs fólks. Auknir möguleikar barna á að því að leita til alþjóðlegra eftirlitsstofnana til að krefjast réttar síns er ein

<sup>183</sup> ECtHR D.H. og aL v. Check Republic [GC] no. 57325/00 (2007).

<sup>184</sup> ECtHR Oršuš et autres c. Croatie [GC] no. 15766/03 (2010).

<sup>185</sup> H.R. Com. X.H.L. v. Netherlands no. 1564/2007 (2011).

birtingarmynd þess að réttindi barna njóti almennt meiri viðurkenningar en áður, enda voru margar þessara stofnana settar sérstaklega á laggirnar til þess að gæta réttinda barna.<sup>186</sup>

Líkt og 2. mgr. 12. gr. barnasáttmálans kveður á um á barn að fá tækifæri til að láta skoðanir sínar í ljós við hverja þá málsmeðferð fyrir dómi eða stjórnvaldi sem barnið varðar, með beinum eða óbeinum hætti. Eðli málsins samkvæmt hefur barn rétt á því að tjá sig við meðferð forsjár-, lögheimilis-, umgengnis- eða dagsektarmála, líkt og fjallað er um í kafla 4. Deilur sem þessar falla undir ákvæði 8. gr. MSE, sem tryggir réttinn til virðingar fyrir fjölskyldulífi og aðkomu foreldra að ákvarðanatöku til að vernda hagsmuni barnsins. Kærur til dómstólsins á þessu sviði eru yfirleitt frá foreldrum barns eða barna vegna ákvarðana í heimalöndum þeirra. Sjaldnast kemur kæran frá barninu og þá allra síst að kæran komi frá barninu einu og sér. Hér verða raktir nokkrir dómur mannréttindadómstólsins er snúa að þessu.<sup>187</sup>

Í máli frá 2007 snéri kæra að því að ekki hafi verið hlustað á óskir barnsins eða horft til þeirra gagna um sjónarmið barns sem lágu fyrir í umgengnismáli, með þeim afleiðingum að barnið fékk ekki að gæta eigin hagsmuna, sbr. 8. gr. MSE. Dómstóllinn taldi að brotið hafi verið gegn 8. gr. MSE, þar sem ekki var hlustað á óskir barnsins og þar með voru hagsmunir þess ekki hafðir að leiðarljósi, enda þyrfti að taka ákvörðun um umgengnisrétt með tilliti til allra viðeigandi upplýsinga sem lágu fyrir í málinu, þar með talið sjónarmiða barnsins. Dómstóllinn taldi það jafnframt nauðsynlegt að lögbærir dómstólar taki vandlega til skoðunar hvað er barni fyrir bestu hverju sinni.<sup>188</sup> Yfirnefnd dómsins var hins vegar ósammála þessari niðurstöðu og komst að þeirri niðurstöðu að jafnvel þó svo að ekki hafi verið hlustað á sjónarmið barnsins hefðu þýskir dómstólar viðeigandi ástæður fyrir því að hafna umgengnisrétti kæranda, með hagsmuni barnsins að leiðarljósi. Var m.a. litið til þess að mikil spenna ríkti milli foreldra barnsins og því var hætta á að umgengni myndi hafa neikvæð áhrif á þroska barnsins. Dómstóllinn tók fram að öllu jöfnu er það landsdómstólanna að leggja mat á sönnunargögnin fyrir þeim og því væri það of langt seilst að segja að innlendum dómstólum beri ávallt að leita eftir sjónarmiðum barnsins í umgengnismálum forsjárlaus foreldris, enda þarf að meta hvert mál fyrir sig með hliðsjón af aldri og þroska barnsins sem um ræðir. Í þessu tiltekna máli var um að

---

<sup>186</sup> Liefaard T., Sloth-Nielsen J., 25 Years CRC: Reflecting on Successes, Failures and the Future, Brill / Nijhoff (2017) 131-133.

<sup>187</sup> Kilkelly U. (2015) The CRC in Litigation Under the ECHR. In: Liefaard T., Doek J. (eds) Litigating the Rights of the Child. Springer, Dordrecht. [https://doi.org/10.1007/978-94-017-9445-9\\_12](https://doi.org/10.1007/978-94-017-9445-9_12).

<sup>188</sup> Sahir v. Germany no 30943/96 (2001).

ræða barn sem var á milli þriggja og fimm ára þegar málið var tekið fyrir í heimalandi þess. Sérfræðingur sem var kallaður til ræddi við barnið og foreldra þess nokkrum sinnum og taldi að umgengni væri ekki í þágu hagsmuna barnsins. Hún taldi jafnframt að vitnisburður barnsins fyrir dómstólnum myndi hafa í för með sér áhættu fyrir barnið. Með hliðsjón af þessu komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að nálgun þýskra yfirvalda væri eðlileg og að lögð hefðu verið fram gögn sem styddu að um rökstudda ákvörðun væri að ræða. Niðurstaðan var því sú að ekki hefði verið brotið gegn 8. gr. MSE.<sup>189</sup>

Í öðru máli kvartaði faðir barns yfir því hvernig tekið var tillit til skoðana barns í málsmeðferð er varðaði forsjá og umgengni. Barnið, sem var orðið 13 ára gamalt, hafði lýst því yfir að það vildi ekki sjá föður sinn. Mannréttindadómstóllinn taldi að innlendir dómstólar hefðu ekki átt að líta eingöngu til sjónarmiða barnsins heldur hefði átt að afla álits sérfræðings. Líkt og kom fram í málinu hér að ofan, þá er það aðallega í höndum innlendra dómstóla að leggja mat á sönnunargögn sem fyrir liggja, þar með talið með hvaða hætti hægt er að ganga úr skugga um viðeigandi staðreyndir. Það sem var afgerandi í málinu af hálfu yfirnefndar dómstólsins var að innanlandsdómstóllinn hafði rætt við stúlkuna þegar hún var tíu og ellefu ára og var því vel í stakk búinn til að meta yfirlýsingar hennar og komast að því hvort hún væri fær um að taka ákvörðun sem þessa. Niðurstaðan var því sú að ekki hafði verið brotið á 8. gr. MSE. Niðurstaða dómsins er í samræmi við 12. gr. barnasáttmálans að því marki að hún styður við þá niðurstöðu að dómstólum sé heimilt að komast að niðurstöðu sem byggir á sjónarmiðum barns, að því gefnu að dómstóllinn hafi raunverulega veitt barni áheyrn, og lagt mat á þroska þess og hæfni til að taka sjálfstæðar ákvarðanir.<sup>190</sup>

Í öðru máli kærði faðir tveggja barna niðurstöðu umgengnismáls til dómstólsins á þeim grundvelli að sjónarmið barnanna hafi fengið of mikið vægi fyrir dómstólnum, en börnin kusu að vera ekki í samskiptum við föður. Forsaga málsins er sú að hann átti börnin með konu sem nú var látin, konan hafði átt kærustu þegar hún lést en börnin kusu að vera hjá henni. Innlendir dómstóll komst að þeirri niðurstöðu að kona móður þeirra skyldi fara með forsjá barnanna á grundvelli finnskra laga sem gerðu ráð fyrir því að vilja barna eldri en 12 ára yrði framfylgt í málum sem þessum. Mannréttindadómstóllinn áréttaði að það yrði ávallt að taka tillit til óska

<sup>189</sup> Sahir v. Germany [GC] no. 30943/96 (2003).

<sup>190</sup> Sommerfeld v. Germany [GC] no. 31871/96 (2003)

barna en taldi þó að einnig hefði átt að taka tillit til annarra þátta við ákvörðunarferlið og komst því að þeirri niðurstöðu að brotið hafi verið gegn 8. gr. MSE.<sup>191</sup> Það er nokkuð ljóst að 12. gr. barnasáttmálans gerir ekki ráð fyrir því að skoðanir barna ráði endanlegri niðurstöðu eins og endurspeglast í umræddum dómum mannréttindadómstólsins. Þess í stað ber dómstólum að taka mið af sjónarmiðum barns, sem hafa verið frjáltslega tjáð, með hliðsjón af bæði aldri og þroska barnsins hverju sinni. Togstreitan í öllum þessum málum snýr að því sem barninu er fyrir bestu hverju sinni sem og vilja barns, ekki er víst að vilji barns snúi að því sem því er fyrir bestu, en ljóst er að ekki er hægt að komast að niðurstöðu um það sem er barni fyrir bestu, án þess að fyrir liggi upplýsingar um sjónarmið þess og vilja.<sup>192</sup>

Aðgengi einstaklinga að réttarúrræðum gerir önnur réttindi virk með því að gera þeim kleift að krefjast þeirra með aðkomu þar til bærra aðila. Til þess að réttindi barna nái fram að ganga og verði meira en yfirlýsingar og loforð, þarf að vera leið fyrir þau til þess að leita réttar síns, óháð því hvort þau njóti til þess stuðnings foreldra eða annarra forsjáraðila.<sup>193</sup> Rétturinn til þess að fá úrlausn mála sinna er viðurkenndur réttur allra, einnig barna, líkt og komið hefur fram. Raunin er þó sú að í flestum tilfellum kemur einhver fullorðinn fram fyrir hönd barns og gætir þannig hagsmuna og réttinda þess. Því má draga þá ályktun að þrátt fyrir framfarir er aðgangur barna að réttarúrræðum samt takmarkaður við ákveðna flokka mála og tiltekna hópa barna.<sup>194</sup> Mikilvægt er að finna jafnvægið á milli þess að börn njóti verndar og fái að taka virkan þátt í ákvörðunum í eigin lífi, en á sama tíma er brýnt að hafa í huga að ekki á að meðhöndla börn sem fullorðna einstaklinga. Með því að taka virkan þátt í meðferð mála fyrir dómstólum, hafa börn sýnt fram á að þau skortir ekki hæfi heldur eru þau virkir þátttakendur í eigin lífi og eiga því að fá að taka þátt í málum sem þau varða og fá að koma sjónarnmiðum sínum á framfæri. Þrátt fyrir þetta þurfa börn í flestum tilvikum að fá leiðsögn frá fullorðnum aðilum sem verða að vera í stakk búnir að veita þeim upplýsingar, aðstoð og jafnvel koma fram fyrir hönd þeirra ef við á.

---

<sup>191</sup> C g. Finland, no. 18249/02 (2006).

<sup>192</sup> Kilkelly U. (2015) The CRC in Litigation Under the ECHR. In: Liefgaard T., Doek J. (eds) Litigating the Rights of the Child. Springer, Dordrecht. [https://doi.org/10.1007/978-94-017-9445-9\\_12](https://doi.org/10.1007/978-94-017-9445-9_12).

<sup>193</sup> Childs Rights International Networks, Rights, Remedies & Representation: Global Report on Access to Justice for Children (2016) 5.

<sup>194</sup> Liefgaard T., Sloth-Nielsen J., 25 Years CRC: Reflecting on Successes, Failures and the Future, Brill / Nijhoff (2017) 133.



## 6. Talsmaður/réttargæslumaður barns

Undir ákveðnum kringumstæðum getur barn átt rétt á að því sé skipaður talsmaður, en ekki er heimilt að skipa barni talsmann nema sérstök lagaheimild sé til staðar.<sup>195</sup> Sem dæmi um slíka lagaheimild má nefna 3. mgr. 46. gr. bvl. en þar kemur fram að þegar barnavernd hefur tekið ákvörðun um að hefja könnun máls, skal hún jafnframt taka afstöðu til þess hvort þörf sé á því að barni sé skipaður talsmaður, áður en gripið er til ráðstafana skv. 25., 27. eða 28. gr. bvl., en einnig þarf að taka slíka ákvörðun áður en sett er fram krafa um sviptingu forsjár skv. 29. gr., nema þegar barn nýtur aðstoðar lögmanns sbr. 2. mgr. 47. gr. Hér er átt við börn undir 15 ára aldri sem ekki teljast aðilar að barnaverndarmáli. Í athugasemdum við frumvarp það sem varð að núgildandi barnaverndarlögum kemur fram að heppilegt geti verið að barni sé skipaður talsmaður sem er því til halds og trausts undir málsmeðferðinni. Þá er ekki endilega átt við að talsmaðurinn sé löglærður, heldur aðili sem hefur sérmenntun og starfsreynslu á sviði sálfræði og félagsráðgjafar, ekkert mælir þó gegn því að talsmaður sé löglærður, sé það talið þjóna hagsmunum barnsins.<sup>196</sup>

Það að leita réttar síns getur tekið á, sérstaklega þegar um börn er að ræða, ferli sem þetta getur verið bæði langt og þreytandi, því kann fólk að spyrja sig hvort að það sé í raun hagfelld fyrir barn að ganga í gegnum slíkt. Það er mikilvægt að taka til greina að sá sem leggur fram kvörtun fyrir hönd barns er yfirleitt ekki barnið sjálft, heldur talsmaður þess, t.d. foreldri. Slíkt á helst við í málum er varða forsjá, ólöglegan brottflutning barna á milli landa og ættleiðingu. Foreldrar koma einnig fram fyrir hönd barna sinna í málum er varða brottvísun þeirra sem ólöglegir innflytjendur og málum er varða vopnuð átök.<sup>197</sup> Í sumum tilfellum eru það aðrir en foreldrar sem koma fram fyrir hönd barna í máli, oft er það vegna þess að foreldrar eru í þeirri stöðu að geta ekki komið börnum sínum til varnar. Dæmi um þetta er mál þar sem amma kom fram fyrir hönd barnabarns síns þegar það var brottnumið á tímum einræðis í Argentínu. Stúlkan fannst sjö árum seinna í umsjá konu sem sagðist hafa ættleitt hana við fæðingu.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> Páll Hreinsson, Trausti Fannar Valsson, Stjórnsýsluréttur, Úlfjótur (2016), 194.

<sup>196</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, þskj. 403 – 318. mál.

<sup>197</sup> Liefaard T., Sloth-Nielsen J., 25 Years CRC: Reflecting on Successes, Failures and the Future, Brill / Nijhoff (2017) 136.

<sup>198</sup> H.R. Com. Darwinia Rosa Monaco de Gallichio c. Argentine no. 400/1990 (1995).

Í leiðbeiningum MSE um meðferðarhæfi kæra<sup>199</sup> segir að sérstakar aðstæður geti verið uppi í málum þar sem til álita koma brot á 2., 3., og 8., gr. MSE, ef kærandi er í viðkvæmri stöðu vegna kyns, aldurs eða fötlunar, sem gerir þeim ókleift að kæra mál til dómstólsins án stuðnings. Í slíkum málum þurfi að taka sérstaka afstöðu til tengsla þess sem leggur fram kæru og þess einstaklings sem kæra varðar. Í slíkum málum hafi dómstóllinn talið slíkar kærur vera meðferðarhæfar, jafnvel þó svo að sá sem leggur fram kæru, geti ekki sýnt fram á formlega heimild til þess.

Árið 1996 tók dómstóllinn ákvörðun um meðferðarhæfi<sup>200</sup> kæru tveggja barna sem sett var fram af hálfu lögmanns þeirra sem hafði verið réttargæslumaður þeirra í málinu í heimaríkinu Bretlandi en hafði ekki verið falið það hlutverk að styðja við börnin í kærumáli fyrir Mannréttindadómstólnum. Í ákvörðun um meðferðarhæfi kærunnar segir að þátttaka barna í málsmeðferð fyrir dómi sé sérstaks eðlis og kalli á ráðstafanir sem ekki eiga endilega við í málum fullorðinna. Þá sé almennt viðurkennt að börn þurfi á sérstakri vernd réttinda sinna að halda eins og barnasáttmálinn gerir kröfu um. Í niðurstöðunni kom einnig fram að ítrekað hafi dómstóllinn áréttað markmið og tilgang Mannréttindasáttmálans sem verkfæri til að tryggja réttindi einstaklinga, og því þurfi að túlka og beita ákvæðum hans til þess að gera þá vernd sem hann veitir, aðgengilega og virka. Þannig hefur dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu, að sé eina leið barna að réttarúrræðum sú, að kæru sé komið á framfæri af hálfu fulltrúa þeirra, eigi það ekki sjálfkrafa að leiða til þess að málum sé vísað frá, heldur þurfi dómstóllinn að taka ákvörðun hverju sinni um hæfi, þar sem litið er til þeirra aðstæðna sem uppi eru í hverju máli, stöðu barnanna, og því hver er fulltrúi þeirra.

Líkt og fram kemur í 2. mgr. 12. gr. barnasáttmálans skal barni veitt tækifæri til að tjá sig við hverja þá málsmeðferð fyrir dómi eða stjórnvaldi sem barnið varðar, annað hvort beint eða þá fyrir milligöngu talsmanns eða viðeigandi stofnunar, á þann hátt sem samræmist reglum í lögum um málsmeðferð.<sup>201</sup> Í 1. mgr. 43. gr. bl. er að finna sambærilega reglu en þar kemur fram sú grundvallarregla að veita skuli barni sem náð hefur nægilegum þroska færi á að tjá sig um mál nema það geti haft skaðleg áhrif á það eða teljist þýðingarlaust fyrir úrslit málsins. Í 2. mgr. sömu greinar kemur fram dómari geti falið dómkvöddum matsmanni að kynna sér viðhorf barns

<sup>199</sup> Practical Guide on Admissibility Criteria, European Court of Human Rights (2020) 13.

<sup>200</sup> H.R. Com. S.P., D.P. and A.T. v. the United Kingdom no. 23715/94 (1996).

<sup>201</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 155 – 155. mál.

en hann geti einnig falið sérfræðingi að gera það, ef dómkvaddur matsmaður hefur ekki verið kallaður til. Dómari hefur þannig svigrúm til mats í hverju máli fyrir sig til að velja þá leið sem hentar hverju sinni, með tilliti til hagsmuna barns.<sup>202</sup>

Á öllum stigum máls getur sýslumaður leitað liðsinnis sérfræðings í málefnum barna, sbr. 1. mgr. 74. gr. bl. Sýslumaður getur auk þess falið sérfræðingi að gefa umsögn um tiltekin álitæfni þegar ástæða þykir til og getur mælt svo fyrir að sérfræðingur hafi í þessu skyni heimild til að afla gagna skv. 3. mgr. 72. gr. Sýslumanni er gert að meta í hve miklu mæli þörf er á liðsinni sérfræðings, m.a. með hliðsjón af þeim skyldum sem hvíla á þeim löglærðu starfsmönnum er þar starfa. Í lögunum er ekki með tæmandi hætti mælt fyrir um í hverju liðsinni sérfræðings felst. Sýslumaður getur boðið aðilum í forsjár-, lögheimilis-, umgengnis- og dagsektarmálum sérfræðiráðgjöf, sbr. 33. gr. bl. Markmið sérfræðiráðgjafarinnar er þá að leiðbeina aðilum með tilliti til þess sem barni er fyrir bestu. Sá aðili sem veitir ráðgjöfina, hefur heimild til þess að ræða við barnið sjálf. Aðilar máls ráða því hvort að þeir nýti sér umrædda aðstoð sérfræðinga í málefnum barna.<sup>203</sup>

Ekki er að finna skilgreiningu á hugtakinu talsmaður í barnaverndarlögum, en sjónarmið að baki skipan talsmanns ræðst nokkuð af hlutverki hans.<sup>204</sup> Hlutverk talsmanns í barnaverndarmálum er að ræða við barnið og koma á framfæri sjónarmiðum þess, talsmaður á að vera hlutlaus og hans eina markmið á að vera að miðla skoðunum barns. Það að barn fái talsmann er oft mikilvæg forsenda þess að réttur barna til að koma vilja og skoðunum barns á framfæri sé virtur.<sup>205</sup> Talsmaður á ekki óskoraðan rétt til aðgangs að gögnum í barnaverndarmáli og skal barnaverndarnefnd meta það hverju sinni hvaða upplýsingar skuli veita talsmanni, en talsmaður á rétt á þeim upplýsingum sem hann þarf til þess að sinna starfi sínu.<sup>206</sup> Í barnalögum er ekki að finna reglu sem heimilar að barni sé skipaður talsmaður í málum er varða forsjár-, lögheimilis-, umgengnis- eða dagsektarmál, enda fara foreldrar með lögformlegt fyrirvar barna sinna líkt og kemur fram í kafla 4.1. Það að fara með fyrirvar barns er ekki svo ólíkt því

<sup>202</sup> Alpt. 2002-2003, A-deild, þskj. 181 – 180. mál.

<sup>203</sup> Alpt. 2011-2012, A-deild, þskj. 328 – 290. mál.

<sup>204</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Hafdís Gísladóttir, Skipan talsmanns fyrir börn – grundvöllur ákvörðunar og framkvæmd, Stjórnsmál og stjórnýsla, 2. tbl. 11 árg. (2015), 322.

<sup>205</sup> Barn.is, „Skipun talsmanna í barnaverndarmálum“, <<https://www.barn.is/frettir/skipun-talsmanna-i-barnaverndarmalum>>, skoðað 28. nóvember 2020.

<sup>206</sup> Hrefna Friðriksdóttir, Hafdís Gísladóttir, Skipan talsmanns fyrir börn – grundvöllur ákvörðunar og framkvæmd, Stjórnsmál og stjórnýsla, 2. tbl. 11 árg. (2015), 322.

hlutverki er umboðsmenn aðila gegna undir rekstri stjórnslumáls. Grundvallarmunurinn er sá að foreldrar og forsjáraðilar taka ákvörðun á grundvelli lögbundins hlutverks, en hlutverk umboðsmanns er bundið við það umboð sem honum er veitt hverju sinni.<sup>207</sup>

Í rannsókn sem framkvæmd var árið 2016 var kannað í hve miklum mæli börnum var skipaður talsmaður þegar hefja átti könnun máls skv. 21. gr. bvl. Í niðurstöðum rannsóknarinnar kom í ljós að almennt fer ekki fram raunverulegt mat á því hvort að barn hafi þörf á talsmanni á fyrri stigum barnaverndarmáls eða ekki. Í niðurstöðu rannsóknarinnar kemur jafnframt fram að aðeins 43% barna var skipaður talsmaður í þeim tilvikum þegar ljóst var að vista þurfti barn utan heimilis. Umboðsmaður barna vakti athygli á þessu og skoraði jafnframt á félags- og húsnæðismálaráðherra að beita sér fyrir því að skylda barnaverndarnefnd til að skipa barni talsmann í auknum mæli í barnaverndarmálum auk þess sem hann skoraði á að hlutverk talsmanns yrði skýrt nánar í lögjöf.<sup>208</sup> Hvorugt hefur þó verið gert til þessa.

Miklar og jákvæðar breytingar komu í kjölfar barnasáttmálans og ljóst er að hugmyndinni um börn sem sjálfstæða réttihafa er stöðugt gert hærra undir höfði. Af ofangreindri umfjöllun er jafnframt ljóst að börn njóta ekki aðstoðar talsmanns varðandi allar tegundir mála, hvort sem þau eru rekin fyrir dómstólum eða á stjórnslustigi. Þó svo að ávallt eigi að veita börnum kost á því að tjá sig, sem og að taka eigi tillit til skoðana þeirra, þá er nokkuð ljóst að enginn talar sérstaklega máli barnsins í forsjár-, lögheimilis-, umgengnis- og dagsektarmálum vegna umgengnistálmana. Þetta hefur verið töluvert gagnrýnt og því haldið fram að hagsmunir barnsins séu fyrir borð bornir og að jafnframt sé með þessu gengið fram hjá rétti barnsins til þess að hafa áhrif á eigið líf.<sup>209</sup> Höfundur veltir því fyrir sér hvort að ekki mætti ganga enn lengra en nú er raunin og veita börnum aðgang að talsmanni í öðrum málum en barnaverndarmálum, t.d. í þeim málum er varða forsjá, lögheimili, umgengni og dagsektir, en ákvarðanir í slíkum málum hafa eðli málsins samkvæmt veruleg áhrif á daglegt líf barns. Allar líkur eru á að það myndi þjóna hagsmunum barns og mögulega koma í veg fyrir að barn yrði beitt þrýstingi af hálfu foreldris eða

---

<sup>207</sup> Elísabet Gísladóttir, Aðild og fyrirvar barna í stjórnslumálum, Stjórnarráð Íslands, Stjórnslulögin 25 ára, (2020) 149.

<sup>208</sup> Barn.is, „Skipun talsmanna í barnaverndarmálum“, < <https://www.barn.is/frettir/skipun-talsmanna-i-barnaverndarmalum>>, skoðað 28. nóvember 2020.

<sup>209</sup> Alþt. 2002-2003, A-deild, þskj. 181 – 180. mál.

foreldra í umræddum málum, en einnig eru töluverðar líkur á að talsmaður barns myndi greina slíkan þrýsting þegar rætt yrði við barnið.

## 7. Alþjóðlegur samanburður

Fyrirkomulag málsmeðferðar í málum sem varða forsjá barns, lögheimili þess eða umgengni foreldra, er afar mismunandi eftir réttarkerfum og heimsálfum. Í Svíþjóð er rík áhersla lögð á að styðja við foreldra í aðdraganda skilnaðar og veita þeim ráðgjöf og stuðning og mikill meirihluti foreldra sem eru að skilja eða slíta sambúð ná að leysa úr ágreiningi sínum, með eða án stuðnings eða ráðgjafar sérfræðinga.<sup>210</sup> Umboðsmaður barna í Svíþjóð hefur þó ítrekað bent á nauðsyn þess að börn fái stöðu aðila máls í ágreiningsmálum foreldra um forsjá, búsetu og umgengni, til þess að barnið fái notið stuðnings réttargæslumanns í slíkum málum, sem hafi það eina hlutverk að vera talsmaður barns.<sup>211</sup>

Víða er fyrst og fremst byggt á fyrirkomulagi sáttamiðlunar, en þar hefur Noregur ákveðna sérstöðu, þar sem sáttamiðlun er áskilin í flestum tilvikum, þó svo að dómstólar geti útkljáð mál, ef sáttamiðlun skilar engum árangri. Þannig er hjónum eða sambúðarmökum skylt að taka þátt í sáttamiðlun, ef þau eiga börn sem eru yngri en 16 ára.<sup>212</sup> Það á einnig við ef foreldrarnir eru sammála um fyrirkomulag forsjár, lögheimilis eða umgengni.<sup>213</sup> Þetta á þó ekki eingöngu við um yfirvofandi skilnað eða sambúðarslit foreldra heldur einnig um önnur ágreiningsmál milli foreldra, en dómari getur við meðferð máls tekið ákvörðun um að vísa foreldrum til sáttamiðlara.<sup>214</sup>

Dæmi eru um að sérstakir og sérhæfðir dómstólar séu til staðar þar sem slík mál eru útkljáð og í öðrum réttarkerfum eru slík mál meðhöndluð á sama hátt og önnur mál þar sem ágreiningur er til staðar milli tveggja einstaklinga. Þá eru einnig dæmi um að lönd eins og t.d. Ísland, feli dómstólum eingöngu afmarkaða þætti slíkra mála, en í sumum löndum hefur dómstólum verið falið að taka afstöðu til allra álitafna sem varða lögformlegt samband barna og foreldra.

---

<sup>210</sup> Rejmer, A., Practical Guide on Admissibility Criteria, European Court of Human Rights (2020), Vårdnadstvist — en rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa, Lund 2003, 16.

<sup>211</sup> Barnombudsmannen.se, „Våra förslag 2020“ <<https://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/vart-arbete/arsrapporteringar/dom-tror-att-dom-vet-battre/vara-forslag-2020/>>, skoðað 21. nóvember 2020.

<sup>212</sup> 26 § Lov av 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap.

<sup>213</sup> 51 § Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

<sup>214</sup> 61 § Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

Norðurlöndin hafa ekki farið þá leið að setja á laggirnar fjölskyldudómstóla en það fyrirkomulag er við lýði í Englandi og Ástralíu.<sup>215</sup>

Í Noregi, Englandi og Ástralíu hefur löggjafinn heimilað dómstólum að tilnefna réttargæslumann fyrir börn í sérstökum tilvikum. Í Noregi er það eingöngu gert í afar sérstökum tilvikum, t.d. ef ágreiningur foreldranna er mjög mikill, eða þar sem fram hafa komið ásakanir um kynferðislegt ofbeldi gegn börnum. Þá getur slík ákvörðun jafnframt grundvallast á aðstæðum og þörfum viðkomandi barns. Réttargæslumaður barns hefur það hlutverk að gæta hagsmuna barnsins í málinu en er ekki ætlað að taka neina afstöðu til ágreinings foreldranna. Ef réttargæslumaður telur hins vegar rétt að koma ákveðnum sjónarmiðum á framfæri, getur hann snúið sér til dómara eða aðila máls, þ.e. foreldra barnsins. Þá getur réttargæslumaður einnig tekið þátt í sáttamiðlun en hlutverk hans er ekki að koma á framfæri sjónarmiðum barns með beinum hætti heldur að veita dómara eða sérfræðingi þær upplýsingar sem er þá hluti af undirbúningi fyrir samtal dómara eða sérfræðings við barn.<sup>216</sup>

Á sama hátt og í Noregi býður ensk löggjöf upp á möguleikann á því að skipa barni sérstakan talsmann eða réttargæslumann (e. separate representative) í slíkum málum, , ef þörf er talin á því. Talsmaðurinn tekur þátt í meðferð máls og kemur sjónarmiðum barnsins á framfæri.<sup>217</sup> Í Ástralíu getur dómstóll einnig fyrirskipað að barn skuli fá sérstakan talsmann, einnig kallaður óháður lögmaður barns (e. independent child lawyer), ef dómstóllinn metur það vera nauðsynlegt til að tryggja velferð eða bestu hagsmuni barns, í málum þar sem t.d. er mikill ágreiningur milli foreldra í kjölfar skilnaðar, eða ef því hefur verið haldið fram af öðru foreldrinu að ekki eigi að líta til skoðana barns eða að barnið sé ekki nægilega þroskað til að fá að tjá sig.<sup>218</sup> Talsmaðurinn á að gæta hagsmuna barnsins en gerir það samkvæmt eigin túlkun á aðstæðum í viðkomandi máli. Þó svo að hlutverk talsmanns sé að koma sjónarmiðum barns á framfæri, getur talsmaður þó vikið frá

---

<sup>215</sup> Svjt.se, „Barn och föräldrar — kan vi acceptera dem som motparter?“ <<https://svjt.se/svjt/2007/389>>, skoðað 21. nóvember 2020.

<sup>216</sup> 61 § st. 1, p.5 Banelova.

<sup>217</sup> Family Proceedings Rule 1991, rule 9.5.

<sup>218</sup> Familycourt.gov.au, „Independent Children’s Lawyer“

<<http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/family-law-matters/parenting/independent-childrens-lawyer/>>, skoðað 8. desember 2020.

því barn hefur komið á framfæri og teflt fram öðrum sjónarmiðum, telji hann það vera barninu fyrir bestu.<sup>219</sup>

## 8. Niðurstöður

Miklar og jákvæðar breytingar hafa átt sér stað frá því að fyrstu heildstæðu barnalögin voru sett, ekki er lengur litið eingöngu á börn sem viðkvæman þjóðfélagshóp sem þarf á sérstakri vernd að halda, heldur er jafnframt litið á þau sem virka þátttakendur í eigin lífi og ákvarðanatöku þar um. Þróunin hefur verið í þá átt að börnum hefur verið veitt skýrari og meiri réttindi til þess að koma að málum er varða mikilvæga hagsmuni þeirra, ekki eingöngu vegna þess að þau eigi rétt á því að tjá sig, heldur eru sjónarmið þeirra og reynsla talin mikilvægur liður í því að komast megi að niðurstöðu um það sem er þeim fyrir bestu, eins og barnasáttmálinn gerir kröfu um. Ljóst er að miklar breytingar urðu í kjölfar bæði undirritunar og lögfestingar barnasáttmálans, og sú staðreynd að barnasáttmálinn sé fullgiltur í svo mörgum löndum heims hlýtur að veita honum aukið vægi, og því er það ekki óeðlileg krafa að úrlausnir mála sem varða börn uppfylli skilyrði sáttmálans um þátttöku barna, um vægi sjónarmiða þeirra og um niðurstöðu sem byggir á bestu hagsmunum þeirra. Réttur barna til þess að tjá sig í öllum málum er varða ákvarðanatöku um daglegt líf þeirra hefur verið lögfestur og ljóst er af dómaþróun Hæstaréttar á síðustu árum að dómstóllinn hefur lagt æ ríkari áherslu á að þessi réttur sé virtur enda sé það veigamikill þáttur í því að dómstóll komist að réttri niðurstöðu í málum sem varða mikilvæga hagsmuni barns. Það er þó ekki svo að þessi réttur barna sé virtur í öllum tilvikum eða alls staðar sem það á við. Líkt og umfjöllun að ofan gerir grein fyrir þá hefur það gerst ítrekað á síðustu árum að teknar eru ákvarðanir er varða einstök börn eða hóp barna án þess að við þau sé rætt. Höfundur telur að ávallt ætti að hafa samráð við börn í öllum þeim málum er þau varða, börn eiga ávallt að fá færi á að hafa áhrif, enda á samráð við börn í málum sem þau varða beint að vera grundvallaratriði en ekki aukaatriði.

Kynna þarf þennan rétt fyrir börnum enda eru ekki öll börn meðvituð um að þau eigi rétt á að fá að hafa áhrif á eigið líf og eigin aðstæður. Að mati höfundar ætti að bæta kennslu sem þessari inn í námskrá skóla á öllum skólastigum.

---

<sup>219</sup> Section 68L Family Law Act 1975.

Ákvörðun er snýr að því hver fer með forsjá barns, hvar barn skal búa og vera með skráð lögheimili, hvernig umgengni við foreldra er háttað eða um álagningu dagsekta á foreldri sem sakað er um tálmun á umgengni, er ákvörðun sem snýr að hagsmunum barns og daglegu lífi þess. Þrátt fyrir það eru það eingöngu foreldrar sem eru aðilar slíkra mála, og njóta þar af leiðandi þeirra réttinda sem það felur í sér, eins og réttis til aðstoðar lögmanns ef við á, aðgangs að upplýsingum, möguleika á því að áfrýja máli eða krefjast endurupptöku ef við á. Ljóst er að í langflestum tilvikum bera foreldrar hag barna sinna fyrir brjósti og leitast við að ná fram niðurstöðu sem þau telja vera barni fyrir bestu. Barnalög gera kröfu um að foreldrar taki allar ákvarðanir um hagi barns út frá því sem barninu er fyrir bestu, að höfðu samráði við barnið sjálft. Það er hins vegar þannig að foreldrar sem eiga í ágreiningi í kjölfar skilnaðar eða sambúðarslita eru oft undir miklu álagi og eru að takast á við breyttar aðstæður, og eru því ekki alltaf til þess bærir að gæta hagsmuna barna sinna og taka því ákvarðanir út frá öðrum sjónarmiðum, en því sem er barninu fyrir bestu. Í umræðu um mögulega sjálfstæða aðild barna í slíkum málum hefur því iðulega verið haldið fram að vafasamt sé að veita börnum sjálfstæða aðild, þar sem þau verði þannig aðilar að deilumáli foreldra, sem geti haft neikvæð áhrif á tengsl þeirra við foreldra. Þegar djúpstæður ágreiningur foreldra um málefni barns er til staðar, löng bið er eftir meðferð málsins hjá þar til bærum aðilum, ásakanir eru settar fram á báða bóga og mál rata jafnvel í fjölmiðla, er nær ómögulegt að álykta að það hafi ekki neikvæð áhrif á börn, og að þau séu hlutlausir áhorfendur í deilu foreldra.

Einnig hefur því verið haldið fram að skoðanir barna litist af skoðunum foreldra þeirra, enda séu þau ómótaðir einstaklingar, sem beri traust til foreldra sinna og vilji þóknast þeim, og muni því við meðferð slíkra mála, halda fram málsstað annars foreldrisins, sem sínum eigin. Með þeim rökum má halda því fram að þátttaka og tjáning barna í slíkum málum þjóni ekki raunverulegum tilgangi, og því eigi að hlífa þeim við því. Hér þjónar meginregla barnasáttmálans, sem endurspeglast í ákvæðum barnalaga, afar mikilvægum tilgangi, en það er reglan um að allar ákvarðanir sem varða börn, eigi að taka út frá því sem þeim er fyrir bestu. Það þýðir, að veita á börnum tækifæri til að tjá sig fyrir hverja þá málsmeðferð sem þau varðar, með þeim stuðningi sem þau þurfa á að halda við það, en þar með er ekki sagt að sjónarmið barns og reynsla eigi í öllum tilvikum að hafa úrslitaáhrif. Það þýðir að niðurstaða máls getur farið þvert gegn því sem barn gerir kröfu um, að teknu tilliti til allra gagna og upplýsinga sem liggja fyrir í málinu, vegna þess að það er barni ekki fyrir bestu. Í nágrennalöndum okkar og víðar eins og í



Ástralíu og Englandi, eru dæmi um að börnum séu í löggjöf tryggð aðstoð sérstakra talsmanna, og þá sérstaklega í þeim tilvikum, þar sem ágreiningur foreldra er mikill, eða annað foreldra reynir að koma í veg fyrir að barn fái að tjá sig, eða reynir að rýra trúverðugleika barns. Yfirleitt er slíkum talsmönnum gert að vinna á sama hátt og öðrum sem koma að slíkum málum í að tryggja niðurstöðu sem er barni fyrir bestu, og getur talsmaður í því hlutverki sínu þurft að tala gegn óskum og sjónarmiðum barns. Talsmaður barns getur hins vegar sett fram kröfur fyrir hönd þess, sem aðila máls, sem eru til þess fallnar að stuðla að niðurstöðu um það sem er barni fyrir bestu, óháð þeim kröfum sem foreldrar halda uppi í slíkum málum og veitt barni stuðning og upplýsingar um hvaða réttinda þau njóta, sem aðilar máls.

Börn eru „verandi“ þátttakendur í samfélaginu, ekki „verðandi“ eins og eldri kenningar gerðu ráð fyrir, og þar af leiðandi eiga þau rétt á því að hafa áhrif á eigin aðstæður sem og samfélagið sem þau búa í.

Í kjölfar þriðju valfrjálsu bókunarinnar hefur börnum verið gert kleift að leita réttar síns á alþjóðavettvangi. Því hefur verið haldið fram að bókunin sé stærsti sigur í réttindabaráttu barna frá gildistöku barnasáttmálans, en enn er of lítil reynsla komin á virkni þessa úrræðis, til þess að hægt sé að komast að endanlegri niðurstöðu um gagnsemi þess. Höfundur telur þó mikilvægt næsta skref að Ísland gerist aðili að bókuninni til þess að tryggja þennan mikilvæga rétt barna, til að fá úrlausn mála sinna, ef allt annað hefur brugðist. Samhliða þarf jafnframt að ráðast í tiltekna breytingar til þess að tryggja börnum frekari aðkomu að málum þar sem skera á úr um mikilvæga og persónulega hagsmuni þeirra. Barnasáttmálinn gerir kröfu um að aðildarríki geri allar viðeigandi ráðstafanir á sviði löggjafar og stjórn-sýslu, til að réttindi þau sem viðurkennd eru í sáttmálanum komi til framkvæmda. Þá hefur barnaréttarnefndin áréttað að barnasáttmálinn sé lifandi plagg, og því kalli túlkun og beiting hans á reglulegar breytingar, til þess að tryggja að löggjöf og framkvæmd séu í samræmi við ákvæði hans. Frá undirritun barnasáttmálans hafa íslensk stjórnvöld ráðist í verulegar breytingar sem miða að því að uppfylla skyldur Íslands sem aðildarríkis. Að mati höfundar er tímabært að ráðast í endurskoðun tiltekinna þátta barnalaga, og þá sérstaklega hvað varðar meðferð mála sem varða forsjá, lögheimili og umgengni barns, með það að auginni, hvernig styrkja má stöðu barna og tryggja að niðurstaða byggi á því sem þeim er fyrir bestu, að teknu tilliti til sjónarmiða þeirra.

Með vísan til alls framangreinds er það mat höfundar að það væri hagfellt fyrir börn að vera veitt sjálfstæð aðild að málum sem hafa veruleg áhrif á hagsmuni þeirra, réttindi og daglegt líf. Eðlilegt er að börnum sé veitt viðeigandi aðstoð og leiðbeiningar undir rekstri málsins, og leita þarf leiða til ná jafnvægi á milli þess að tryggja að réttindi barna til þátttöku og áhrifa séu virt en á sama tíma þannig að þeim sé veitt sú vernd sem aldur þeirra og þroski krefst.

## 9. Heimildaskrá

Ármann Snævarr, *Sifjaréttur* (Háskólaútgáfan 1992).

Barn.is, „Bandaríkin og Barnasáttmálinn“, <<https://www.barn.is/born-og-unglingar/spurt-og-svarad/bandarikin-og-barnasattmalinn>>, skoðað 22. september 2020.

Barn.is, „Barnasáttmálinn 30 ára“, <<https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnasattmali-sameinudu-thjodanna/barnasattmalinn-30-ara/>> skoðað 22. september 2020.

Barn.is, „Innleiðing Barnasáttmálans“, <<https://www.barn.is/barnasattmalinn/innleiding-barnasattmalans/>>, skoðað 9. september 2020.

Barn.is, „Nefnd um réttindi barnsins í Genf“, <<https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnarettarnefndin/>>, skoðað 1. október 2020.

Barn.is, „Samráð við börn“, <<https://www.barn.is/frettir/samrad-vid-born-1>>, skoðað 7. nóvember 2020.

Barn.is, „Sáttmáli Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins“, <<https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnasattmali-sameinudu-thjodanna/>>, skoðað 28. ágúst 2020.

Barn.is, „Sáttmáli Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins“, <<https://www.barn.is/barnasattmalinn/barnasattmali-sameinudu-thjodanna/>>, skoðað 8. september 2020.

Barn.is, „Skipun talsmanna í barnaverndarmálum“, <<https://www.barn.is/frettir/skipun-talsmanna-i-barnaverndarmalum>>, skoðað 28. nóvember 2020.

Barn.is, „Þátttaka barna í stefnumótun og ákvörðunum“, <[https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum\\_skyrsla-2020.pdf](https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum_skyrsla-2020.pdf)>, bls. 9, skoðað 23. september 2020.

Barn.is, „Þátttaka“ <[https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum\\_skyrsla-2020.pdf](https://www.barn.is/media/skyrslur/Thatttaka-barna-i-stefnumotun-og-akvordunum_skyrsla-2020.pdf)>, skoðað 24. september 2020.

Barnaheill.is, „Það sem er barninu fyrir bestu“, <<https://www.barnaheill.is/static/files/Forvarnir-og-fraedsla/Barnasattmalinn/grein-janu-arma-nadar-3.-gr.-barnasa-ttma-lans.pdf>>, skoðað 30. september 2020.

Barnasáttmáli.is, „Um barnasáttmálann“ <<https://barnasattmali.is/barnasattmalinn/umbarnasattmalann.html>>, skoðað 10. september 2020.

Barnombudsmannen.se, „Våra förslag 2020“ <<https://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/vart-arbete/arsrapporteringar/dom-tror-att-dom-vet-battare/vara-forslag-2020/>>, skoðað 21. nóvember 2020.

Barnvaensveitarfelog.is, „Valfrjálsar bókanir við barnasáttmálann“, <<http://barnvaensveitarfelog.is/barnasattmalinn/valfrjalsar-bokanir/>>, skoðað 14. september 2020.

Barnvænsveitarfélög.is, „Lokaathugasemdir Barnaréttarnefndarinnar“, <<http://barnvaensveitarfelog.is/barnasattmalinn/lokaathugasemdir-barnarettarnefndarinnar/>>, skoðað 17. október 2020.

Björn Þ. Guðmundsson, *Lög bókin þín*, Bókaútgáfan Örn og Örlygur (1989).

Childs Rights International Networks, *Rights, Remedies & Representation: Global Report on Access to Justice for Children* (2016).

Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, Bókaútgáfa Orators (1995).

Dögg Pálsdóttir, Ýmislegt gagnlegt um börn og lækna, *Læknablaðið* (2013).

Drög að stefnu um barnvænt Ísland, Stjórnarráð Íslands (2020).

Elísabet Gísladóttir, Aðild og fyrirsvar barna í stjórnsýslumálum, Stjórnarráð Íslands Stjórnsýslulögin 25 ára (2020).

Familycourt.gov.au, „Independent Children’s Lawyer“  
<<http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/family-law-matters/parenting/independent-childrens-lawyer/>>, skoðað 8. desember 2020.

Government.se, „Questions and answers about incorporating UN Convention on the Rights of the Child into Swedish law“, <<https://www.government.se/articles/2018/04/questions-and-answers-about-incorporating-un-convention-on-the-rights-of-the-child-into-swedish-law/>>, skoðað 17. október 2020.

Guðrún Erlendsdóttir, Sameiginleg forsjá og önnur nýmæli í barnarétti, *Úlfljótur* 3-4. tbl. (1982).

Handbook on European data protection law. Útg. 2018.

Hrefna Friðriksdóttir, Hafdís Gísladóttir, Skipan talsmanns fyrir börn – grundvöllur ákvörðunar og framkvæmd, *Stjórnmál og stjórnsýsla*, 2. tbl. 11 árg. (2015).

Hrefna Friðriksdóttir, Handbók barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum (*Úlfljótur* 2013).

Hrefna Friðriksdóttir, Heimild dómara til að dæma sameiginlega forsjá, *Tímarit lögfræðinga* 3. tbl. 2011.

Kilkelly U. (2015) The CRC in Litigation Under the ECHR. In: Liefaard T., Doek J. (eds) Litigating the Rights of the Child. Springer, Dordrecht. [https://doi.org/10.1007/978-94-017-9445-9\\_12](https://doi.org/10.1007/978-94-017-9445-9_12).

Leiðbeiningarreglur ráðherranefndar Evrópuráðsins um barnvænlega réttarvörslu, 2010, 8.

Markús Sigurbjörnsson, Kristín Benediktsdóttir, Einkamálaréttarfar, Úlfljóttur (2003).

Lundy L., „‘Voice’ is not enough: conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child“, (Queen’s University 2007).

Liefaard T., Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda, Brill Nijhoff, (2019).

Liefaard T., Sloth-Nielsen J, 25 Years CRC: Reflecting on Successes, Failures and the Future, Brill / Nijhoff (2017).

Ohchr.org, „Status of Ratification Interactive Dashboard“, <<https://indicators.ohchr.org/>>, skoðað 8. september 2020.

Ohchr.org, „UN Committee hails Somalia’s ratification of Convention on the Rights of the Child“, <<https://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16556&LangID=E>>, skoðað 6. október 2020.

OHCHR.org, „Celebrating 30 years of the Convention on the rights of the child“, <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/CRC30Pledges/Pages/Denmark.aspx>>, skoðað 16. október 2020.

Páll Hreinsson, Trausti Fannar Valsson, Stjórnsýsluréttur, Úlfljóttur (2016).

Persónuvernd.is, „Ábending frá Persónuvernd vegna misskilnings í skólasamfélagi um gildissvið nýrra persónuverndarlaga“, Personuvernd.is, <<https://www.personuvernd.is/media/frettir/Abending-fra-Personuvernd-vegna-misskilnings-i-skolasamfelaginu-um-gildissvid-nyrra-personuverndarlaga.docx.pdf>> skoðað 19. nóvember 2020.

Persónuvernd.is, „Hvaða sjónarmið eiga við um myndbirtingar af börnum á netinu?“ <<https://www.personuvernd.is/fyrirtaeki-og-stjornsysla/spurt-og-svarad/allar-spurningar-og-svor/born-1>>, skoðað 21. nóvember 2020.

Persónuvernd.is, „Persónuvernd barna. Upplýsingar til foreldra, forráðamanna og þeirra sem vinna með börnum“ <<https://www.personuvernd.is/einstaklingar/fraedsluefni/baeklingur-personuvernd-barna/>>, skoðað 21. nóvember 2020.

Philips C., 3rd Optional Protocol to the CRC on Communications Procedure (2013).

Rejmer, A., Practical Guide on Admissibility Criteria, European Court of Human Rights (2020)  
Vårdnadstvister — en rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa, (Lund 2003).

Stjórnarráð Íslands, Drög að stefnu um barnvænt Ísland (2020).

Stjórnarráðið, Fimmta og sjötta skýrsla Íslands um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (2018).

Stjórnarráðið.is, „Barnavernd“, <<https://www.stjornarradid.is/verkefni/felags-og-fjolskyldumal/malefni-barna/barnavernd/>>, skoðað 16. nóvember 2020.

Stjórnarráðið.is, „Forsjá barns“, <<https://www.stjornarradid.is/verkefni/felags-og-fjolskyldumal/malefni-barna/barnarettur/forsja-barns/>>, skoðað 29. september 2020.

Stjórnarráðið.is, „Lögræði“, <<https://www.stjornarradid.is/verkefni/personurettur/lograedi/>>, skoðað 22. nóvember 2020.

Stjórnarráðið, Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna, (2008).

Stjórnarráðið.is, Mannréttindi og jafnrétti, <<https://www.stjornarradid.is/verkefni/mannrettindi-og-jafnretti/mannrettindi/mannrettindadomstoll-evropu/>>, skoðað 6. desember 2020.

Stjórnarráðið.is, „Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins“, <<https://www.stjornarradid.is/default.aspx?PageID=fb2150e3-ed02-4923-a490-f1fdfe76896c>>, skoðað 30. september 2020.

Svjt.se, „Barn och föräldrar — kan vi acceptera dem som motparter?“ <<https://svjt.se/svjt/2007/389>>, skoðað 21. nóvember 2020.

Sweden.se, „Sweeden – Where children count“, <<https://sweden.se/society/sweden-where-children-count/>>, skoðað 1. október 2020.

Sýslumenn.is, „Forsjá“, <<https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/forsja/>>, skoðað 7. nóvember 2020.

Sýslumenn.is, „Umgengni“, <<https://www.syslumenn.is/thjonusta/fjolskyldumal/umgengni/>>, skoðað 10. nóvember 2020.

Þátttaka barna í stefnumótun og ákvarðanatöku, Umboðsmaður barna (2020).

Þórhildur Líndal, Barnasáttmálinn, rit um samning sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi, (UNICEF Ísland 2007).

Þyrí Halla Steingrímsdóttir, Það sem barninu er fyrir bestu (2. útgáfa, Úlfljóttur, tímarit laganema 2004).



Umboðsmaður barna, Helstu áhyggjuefni (2017).

Umboðsmaður barna, Innleiðing barnasáttmálans, Staða á innleiðingu barnasáttmálans (2020).

Umboðsmaður barna, Skýrsla umboðsmanns barna, lögð fram á barnaþing, 21-22. nóvember 2019.

Umboðsmaður barna, Supplementary Report From The Ombudsman for Children in Iceland (2020).

Umsögn um drög að stefnu um barnvænt Ísland, Reykjavík 15. október 2020.

Un.org, „Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women“, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/whatis.htm>>, skoðað 11. september 2020.

Viðbótarskýrsla við fimmtu og sjöttu skýrslu Íslands til Barnaréttarnefndar Sameinuðu þjóðanna 2020 (2020) 5,12,14.