



**Háskólinn
á Akureyri**

Fullorðnir ráða en börnin líka

Er vilji barna virtur að vettugi í málum er varða þau fyrir íslenskum dómstólum?

Margrét Harpa Jónsdóttir

Lagadeild/Hug-og félagsvísindasvið

Háskólinn á Akureyri

2021

Fullorðnir ráða en börnin líka

Margrét Harpa Jónsdóttir

30 eininga ritgerð sem er hluti af
Magister Legis gráðu í lögfræði

Leiðbeinandi
Jónína Guðmundsdóttir lögmaður

Lagadeild
Hug- og félagsvísindasvið
Háskólinn á Akureyri
Akureyri, maí 2021

Fullorðnir ráða en börnin líka
30 eininga ritgerð sem er hluti af *Magister Legis* gráðu í lögfræði

Höfundarréttur © 2021 Margrét Harpa Jónsdóttir
Öll réttindi áskilin

Lagadeild
Hug- og félagsvísindasvið
Háskólinn á Akureyri
Sólborg, Norðurslóð 2
600 Akureyri

Sími: 460 8000

Skráningarupplýsingar:
Margrét Harpa Jónsdóttir, 2021, *Fullorðnir ráða en börnin líka*,
meistararitgerð, Lagadeild, Háskólinn á Akureyri, 83 bls.

Prentun: Prentmet Oddi ehf
Akureyri, maí 2021

Útdráttur

Fjölskylduform hafa tekið stakkaskiptum á undanförunum árum, sem hefur það meðal annars í för með sér að sum börn alast ekki upp hjá báðum kynforeldrum sínum. Þetta getur verið í kjölfar slita á hjúskap eða sambúð, eða þá að foreldrar hafa aldrei verið saman. Mál sem varða börn eru viðkvæm og vandasöm og erfitt getur verið að leysa úr þeim. Ljóst er að þegar samvinna og sátt er á milli foreldra á barnið farsælt uppeldi fyrir höndum. Þetta er því miður ekki alltaf raunin og til eru dæmi um börn sem lenda á milli í deilum foreldra sinna og verða að ágreiningsefni þeirra. Réttur barna er skýr og foreldrar eiga að vernda hann og virða.

Markmið ritgerðarinnar er að svara spurningunni um hvort vilji barna sé hafður að vettugi í málum er varða þau fyrir íslenskum dómstólum. Íslensk barnalöggjöf hefur gjörbreyst á undanförunum eitt hundrað árum og hefur réttur barna verið styrktur þegar kemur að vilja þeirra og tjáningu, sem þýðir að réttur þeirra til að tjá sig í málum er varða þau hefur aukist og taka á tillit til sjónarmiða þeirra.

Abstract

The family structure has greatly evolved over years. Because of this, some children do not grow up with both of their biological parents. This can be because of a dissolution of a marriage or cohabitation, or the parents were never together in the first place. Cases involving children are sensitive and can be difficult to navigate. When parents are in an agreement, the child will have prosperous upbringing. This is not always the case. Some children end in the middle of their parent's disagreement and become objects in a tug of war. The rights of the child are clear, and parents are to respect and protect it.

The goal of this thesis is to answer the question if the wishes of children are being disregarded in cases that have a direct affect on their lives in the Icelandic court system. The Children Act has changed significantly over the last century. The rights of children have been strengthened when it comes to their will. That means that their rights to express their will in cases concerning them has increased, and their points of view need to be taken into consideration.

Ritgerðin er tileinkuð börnunum mínum þrem, sem hafa undanfarin fimm ár búið með móður í laganámi. Það að klára þessa ritgerð ein með þrjú börn sýnir mér og þeim að maður getur allt sem maður ætlar sér.

Formáli

Allt frá því að ég átti mitt fyrsta barn árið 2000 hef ég haft mikinn áhuga á réttindum barna. Þegar ég hóf nám við lagadeild Háskólans á Akureyri beið ég spennt eftir að fá að skoða barnaréttinn nánar og hefja námið sem ég hafði hvað mestan áhuga á. Það var þó ekki fyrr en á fimmta árinu mínu í lagadeildinni sem námskeiðið leit loksins dagsins ljós. Þrátt fyrir það skrifaði ég BA ritgerðina mína á þriðja ári á sviði barnaréttar, um þróun og stöðu í forsjár- og umgengnismálum. Mér fannst einstaklega gaman að skrifa þá ritgerð og ég var strax handviss um að meistara ritgerðin mín yrði einig um barnarétt, sem er nú raunin.

Sumarið 2020 bauðst mér að vinna að rannsókn um stöðu fedra í forsjármálum. Ég las alla dóma sem höfðu farið fyrir Hæstarétt í umgengnis- og forsjármálum frá 2003 til 2019 og sú lesning ýtti enn frekar undir áhuga minn á réttindum og stöðu barna í forsjár- og umgengnismálum.

Ég hef haft það að leiðarljósi frá því að ég eignaðist börnin mín „að fullorðnir ráða en börnin líka“, því þetta er mikilvæg setning sem margir fullorðnir einstaklingar eiga til að gleyma og þá sérstaklega þegar skilnaðir verða og börn eru í spilinu.

Efnisyfirlit

1	Inngangur	1
2	Skilgreiningar á hugtökum.....	3
2.1	Foreldrar	3
2.2	Barn.....	4
2.3	Forsjá	4
2.3.1	Sameiginleg forsjá	4
2.4	Umgengni	5
2.4.1	Umgengnistálmanir.....	5
3	Söguleg þróun íslensks barnaréttar.....	6
3.1	Lög nr. 46/1921 til óskilgetinna barna og lög nr. 57/1921 til skilgetinna barna.....	6
3.2	Barnalög nr. 9/1981	7
3.3	Barnalög nr. 20/1992	7
3.4	Breytingarlög nr. 18/2001	8
3.5	Barnaverndarlög nr. 80/2002	8
3.6	Lög nr. 76/2003 með síðari breytingum	9
3.7	Breytingarlög nr. 61/2012 og nr. 144/2012	9
3.8	Alþjóðlegir samningar sem Ísland er aðili að	10
3.8.1	Barnasáttmáli Sameinuðu þjóðanna.....	10
3.8.2	Mannréttindasáttmáli Evrópu	10
4	Forsjá	11
4.1	Réttur til forsjár.....	11
4.1.2	Skipan forsjár.....	13
4.2	Sáttameðferð	13
4.3	Heimild dómara til að dæma sameiginlega forsjá.....	14
4.3.1	Hvað felst í sameiginlegri forsjá.....	14
4.4	Hvaða atriða ber dómara að horfa til og afla upplýsinga um.....	16
4.4.1	Upplýsingaöflun í forsjár- og umgengnismálum	17
4.4.2	Ákvæði 1. mgr. 43. gr. bl. Hver talar við barnið?.....	18
4.5	Það sem er barni fyrir bestu	19
4.6	Önnur lögbundin sjónarmið í forsjármálum	19
4.6.1	Hæfi foreldra.....	19
4.6.2	Stöðugleiki í lífi barns.....	20
4.6.3	Tengsl barns við báða foreldra.....	21
4.6.4	Hætta á ofbeldi.....	23
4.6.5	Vilji barns	23
4.6.6	Skylda foreldra til að tryggja rétt barns til umgengni	26

5 Umgengni	29
5.1 Umgengnisréttur	29
5.2 Ákvörðun um umgengni	30
5.2.1. Ungabörn	31
5.2.2. Börn á leikskólaaldri	31
5.2.3. Börn á skólaaldri	32
5.2.4. Unglingar	32
5.3 Jöfn umgengni.....	32
5.4 Umgengnisdeilur.....	34
5.4.1. Þegar umgengni er ekki sinnt.....	34
5.4.2. Tálmun	36
5.4.3 Barn vill ekki umgengni.....	37
5.4.4. Viðbrögð stjórnvalda þegar ágreiningur er um umgengni.....	39
5.4.5. Sáttameðferð	39
5.4.6. Úrskurður sýslumanns og bráðabirgðáúrskurður um umgengni.....	40
6 Réttarstaða barna.....	41
6.1 Samráðsréttur	41
6.1.1. Barnalög nr. 76/2003	41
6.1.1.1. Ákvæði 6. mgr. 28. gr. bl.	41
6.1.1.2. Ákvæði 1. mgr. 43. gr.	42
6.1.1.3. Ákvæði 3. mgr. 33. gr. a.	42
6.2 Barnaverndarlög nr. 80/2002	42
6.2.1. Ákvæði 2. mgr. 46. gr.	42
6.2.2. Ákvæði 3. mgr. 25. gr.	43
6.3 Barnasáttmáli	43
6.3.1. Í 12. gr. barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna er fjallað um samráðsrétt við börn	43
6.3.2. Ákvæði 13. gr.....	44
6.3.2. Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.....	45
6.4 6.4. Hvað vill barnið?.....	45
6.4.1 Nægilegur þroski barns	46
6.4.2. Skaðleg áhrif	47
6.4.3. Þýðingarlaust.....	48
7 Dómar Hæstaréttar og Landsréttar með tilliti til vilja barns frá 2010-2020	50
8 Samanburður við önnur lönd.....	56
8.1 Danmörk	56
8.2 Noregur	57

8.3 Svíþjóð.....	57
Samantekt	59
Niðurstöður.....	60
Lagaskrá.....	63
Dómaskrá.....	64
Heimildir	65

Skammstafanir

Útgefin rit:

Alþt. Alþingistíðindi, A-deild

Dómar:

Hrd. Hæstaréttardómar

Lög:

bl.	Barnalög nr. 76/2003
bs.	Barnasáttmáli Sameinuðu Þjóðanna
bvl.	Barnaverndarlög nr. 80/2002
mse.	Mannréttindasáttmáli Evrópu
Stjskr.	Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944
bvn.	Barnaverndarnefnd
bl. frá 1981.	Barnalög nr. 9/1981
bl. frá 1992	Lög nr. 20/1992

Þakkir

„Það þarf heilt þorp til að ala upp eitt barn.“ Segir í Barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna. Svo er einnig hægt að segja um ritgerðarskrif af þeirri stærðargráðu sem meistararitgerð er og langar mig því til að þakka nokkrum aðilum fyrir veitta aðstoð og stuðning.

Ég ætla að byrja á að þakka börnunum mínum þrem fyrir einstaka þolinmæði meðan ég var að skrifa ritgerðina - og reyndar meðan á náminu stóð, þar sem það spannar nú fimm ár. Þau sýndu ekki bara þolinmæði heldur líka stuðning og hvöttu mig áfram.

Systir mín, hún Sólrún Dögg, fær sérstakar þakkir fyrir að lesa nokkrum sinnum yfir allar þessar blaðsíður sem verkið hefur að geyma. Faðir minn, hann Jón Sævar, fær sérstakar þakkir fyrir stuðning og hvatningu meðan á skrifum stóð. Gísley Sesselja námsvinkona mín fær sérstakar þakkir fyrir stuðning og uppörvun á þeim tímum sem mér fannst námið yfirþyrmandi. Hjördís Elma frænka mín fær einstakar þakkir fyrir að þýða fyrir mig útdráttinn bæði í BA ritgerðinni sem og þessari.

Að lokum ætla ég að þakka Jónínu Guðmundsdóttur, leiðbeinanda mínum, fyrir góða leiðsögn og fyrir að hafa komið með hugmynd að þessu áhugaverða efni, sem varð til þess að ég gat loksins nýtt til fulls setninguna „fullorðnir ráða en börnin líka“.

1 Inngangur

Á síðastliðnum eitt hundrað árum eða svo hefur íslensk barnalöggjöf verið í stöðugri þróun. Þá hafa bæst við alþjóðlegir samningar sem taka einungis til málefna barna og hafa verið staðfestir hér á landi. Sjálfstæði Íslendinga er ekki bara sjálfstæði fullorðinna, heldur barna líka. Börn eiga sérstök réttindi sem eru óháð réttindum fullorðinna. Það er af sem áður var í þeim efnum og mikið hefur verið gert til að bæta réttindi barna. Börn eiga rétt á að tjá sig og koma sínum skoðunum á framfæri sbr. 12. gr. Barnasáttmálans (hér eftir Bs.) og er þessi réttur barna ekki eitthvað sem fullorðnir eða yfirvöld hafa sem valkost til að bjóða upp á, heldur er um að ræða skyldu til að bjóða barni að tjá sig. Barn getur neitað því af sjálfsdáðum en boðið þarf að vera til staðar. Afstaða barnanna á síðan að hljóta áheyrn fullorðinna eða yfirvalda og það á að taka mark á henni. Það getur verið að barn geti ekki eða treysti sér ekki til að tjá sig og þá er hægt að veita barni tækifæri á tjáningu í gegnum talsmann.

Rauði þráðurinn í því hvenær barn á að fá tækifæri til að tjá sig virðist vera í samræmi við aldur og þroska barns, en það er á reiki hvað á að miða við. Sagt er að eftir því sem barnið eldist þá eigi það skýrari rétt til tjáningar. Áður fyrr var miðað við 12 ára aldur en nú er það aldur og þroski barns sem horft er til. Ætti það ekki frekar að vera svo að börn ættu alltaf sinn rétt til tjáningar en við fullorðna fólkið þyrftum að finna viðeigandi lausn til að rætt væri við barnið á forsendum þess? Börn yngri en 6 ára gætu t.a.m. rætt við sálfræðing á sínum heimavelli, t.d. í leikskólanum. Börn 6-12 ára myndu ræða við skólasálfræðing í skóla. Eldri börn gætu síðan rætt við dómara.

Höfundur vonast til að ritgerðin verði almenn lesning landsmanna og hefst hún því á skilgreiningarkafli þannig að hægt sé að gera sér almennilega grein fyrir því hvað hugtökin í ritgerðinni snúast um. Því næst er farið í sögulega þróun íslensks barnaréttar, en ekki er tækt að skrifa ritgerð um réttindi barna án þess að fara yfir þróunina þar sem hún hefur bara verið til bóta, en þróunin ein og sér er mikil og er efni í heila ritgerð. Þá var höfundi ljóst að ritgerð sem fjallar einna helst um tjáningarrétt barna hefði ekki pláss fyrir alla þá þróun sem orðið hefur. Er því einungis stiklað á stóru þegar farið er yfir þróunina í ritgerðinni. Helst ber að nefna það þegar fallið var frá valdhugmyndinni sem var forræði eða foreldravald í forsjá, sem líkt og nafnið ber með sér er í átt að umsjá. Börn þurfa að geta treyst því að fullorðnir standi vörð um rétt þeirra og beri hag þeirra fyrir brjósti í málefnum er þau varða. Því er með þróun barnalaga sífellt verið að gera forsjár- og foreldraskyldur skýrari í lögum.

Einnig ber að nefna þróun á tjáningarrétti barns, sem var enginn árið 1921. Í dag er hann mun meiri, en stóra spurningin er hvort vilji barna sé hafður að vettugi í málum er þau varða fyrir íslenskum dómstólum. Öll börn eiga rétt á

Því að hafa forsjáraðila og er farið djúpt í hvað felst í því að fara með forsjá, sem og sameiginlega forsjá. Foreldraskyldur eru ófáar og ein af þeim er skyldan til að sinna umgengni við börn sín, en farið er í umgengni og hvað felst í henni í kafla 5.

2 Skilgreiningar á hugtökum

Þegar rætt er um börn, fjölskyldur, forsjá og umgengni verður að liggja skýrt fyrir hvað felst í hvað hugtaki fyrir sig til að ekki fari á milli mála um hvað er rætt. Hér á eftir verður farið yfir skilgreiningar á helstu hugtökum sem munu koma fram í ritgerðinni.

2.1 Foreldrar

Í ritgerðinni er að finna margar mismunandi útfærslur á hugtakinu foreldrar og því verður hér farið yfir nokkrar þeirra. Samkvæmt núgildandi barnalögum er merkingin kynforeldrar sem eru þá móðir og faðir. Í nútímasamfélagi þekkist það þó að foreldrar séu af sama kyni, sem geta þá verið tvær mæður eða tveir feður, sbr. 2. mgr. 6. gr. barnalaga nr. 76/2003 (hér eftir bl.)

Þegar svo ber undir að eitt foreldri fer með forsjá barns er um að ræða forsjáforeldri. Þegar foreldrar fara sameiginlega með forsjá en búa ekki saman þá þurfa þeir skv. 1. mgr. 31. gr. bl. að ákvarða hjá hvoru foreldri barnið skuli eiga lögheimili, og er það foreldri þá skilgreint sem lögheimilisforeldri. Þá er hitt foreldrið skilgreint sem umgengnisforeldri, sem sagt foreldrið sem barn hefur ekki lögheimili hjá en nýtur umgengni við. Þess ber einnig að geta að umgengnisforeldri getur einnig verið forsjárlaust foreldri sem barn er í umgengni við. Þá er eingöngu móðir eða faðir með forsjá en ekki sameiginleg forsjá í gildi.¹ Notast verður við orðin *forsjáforeldri*, *umgengnisforeldri* og *lögheimilisforeldri* þar sem við á í ritgerðinni.

¹ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók: Barnalög nr. 76/2003. með síðari breytingum*. Reykjavík 2013, bls. 14.

2.2 Barn

Þegar hugtakið barn er skoðað í íslenskri orðabók er það skilgreint sem afkvæmi manns frá fæðingu og til að minnsta kosti 12 ára aldurs, en þessu hefur nú verið lögformlega breytt til átján ára aldurs hér á Íslandi.² Samkvæmt Barnasáttmálanum er einstaklingur barn þar til 18 ára aldrinum er náð, en þá er hann orðinn lögráða og sjálfráða.³

2.3 Forsjá

Hugtakið forsjá kemur mikið fram í ritgerðinni og markar í raun eitt helsta hugtak í barnaréttinum öllum. Áður fyrr var um að ræða foreldravald eða forræði eins og kemur fram í kaflanum um þróun barnaréttarins, en þrátt fyrir að þróunin sé komin á þann stað að foreldravald og forræði heyri sögunni til má að mati höfundar oft heyra fólk tala um forræði í daglegu tali.

Þegar hugtakið forsjá er skoðað nánar út frá hugtökunum foreldravald og forræði er hægt að sjá að þetta eru gjörólík hugtök. Hugtökin foreldravald og forræði eru, eins og orðin bera með sér, meira í átt að stjórn, valdi og yfirráðum. Með því að afnema hugtökin foreldravald og forræði hafa verið tekin stór skref í réttindabaráttu barna. Því er hægt að segja að réttur til umgengni foreldra við barn er ekki eingöngu þeirra réttur, heldur líka réttur barnsins til að umgangast foreldra sína - og þá líka réttur barns til að umgangast ekki foreldra sína. Börn eiga nú að heita í umsjá foreldra sinna til 18 ára aldurs, en eiga almennt ekki að vera á þeirra valdi.⁴ Í 28. gr. bl. er að finna skilgreiningu á forsjá. Skipta má inntaki hugtaksins í þrjá meginþætti, sem eru réttindi barns, réttindi foreldra og foreldraskyldur.

2.3.1 Sameiginleg forsjá

Þegar hugtakið sameiginleg forsjá er skoðað í lögfræðiorðabók er það skilgreint sem svo að báðir foreldrar barns fari með forsjá þess.⁵ Þegar

² *Íslensk orðabók*, Ritstjóri Mörður Árnason. Forlagið Reykjavík, bls. 62.

³ Þórhildur Líndal: „Barnasáttmálinn“ *Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi*. Reykjavík 2007, bls. 9.

⁴ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*. Reykjavík 1995, bls. 54.

⁵ Páll Sigurðsson og fl.: *Lögfræðiorðabók: með skýringum* 2008, bls. 360.

foreldrar fara sameiginlega með forsjá ber þeim að taka sameiginlega allar meiri háttar ákvarðanir sem varða barnið, sbr. 28. gr. a. bl. Þrátt fyrir það er það þó lögheimilisforeldri sem hefur síðasta orðið og hefur heimild til að taka mikilvægar ákvarðanir sem varða líf barnsins.⁶

2.4 Umgengni

Umgengni snýr að samvistum og samskiptum barns við það foreldri sem það býr ekki hjá, óháð því hver fer með forsjá þess. Umgengni getur verið lítil eða mikil og allt þar á milli, og hún getur síðan breyst eftir því sem barn eldist og þroskast. Með umgengni á að tryggja að barn fái að halda uppi samvistum við það foreldri sem það ekki býr hjá.⁷ Barn á samkvæmt 1. mgr. 7. gr. barnasáttmálans rétt á að þekkja uppruna sinn og foreldra sína og njóta samvista við þá.

2.4.1. Umgengnistálmanir

Hrefna Friðriksdóttir skilgreinir, í grein sinni um úrræði vegna umgengnistálmana, tálmun sem vísun til atferlis foreldri sem snýst um að hindra það að barn fái notið samvista við hitt foreldri sitt. Þetta getur einnig átt við ef barni er haldið í læstri íbúð þegar foreldri kemur að sækja barnið, eða ef farið er af heimili þess eða annarri staðsetningu þar sem umgengni á að hefjast. Að auki á þetta við ef ekki er komið með barn á fyrir fram ákveðinn stað þar sem foreldri á að sækja barnið. Enn fremur ef einhverjar ráðstafanir eru gerðar sem verða til þess að hindra að úrskurður, staðfestur samningur eða dómur um umgengni nái fram að ganga.⁸

⁶ Alpt. 2011-2012, A-deild, þskj. 1427 – 290. mál.

⁷ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 15.

⁸ Hrefna Friðriksdóttir: „Úrræði vegna umgengnistálmana“ (2012), bls. 358.

3 Söguleg þróun íslensks barnaréttar

Umfangsmikil þróun hefur orðið á réttindum barna hér á landi og þá sérstaklega hvað varðar sameiginlega forsjá og umgengni barns við báða foreldra sína. Í þessum kafla verður farið lítillega yfir þróun barnaréttar á því sviði sem viðkemur ritgerðinni, þ.e.a.s. rétt barna til að tjá sig í málum sem þau varða.

3.1 Lög nr. 46/1921 til óskilgetinna barna og lög nr. 57/1921 til skilgetinna barna

Fyrir gildistöku þessara tveggja lagabálka árið 1921 var réttarstaða skilgetinna og óskilgetinna barna mismunandi. Skilgetin börn voru þau sem fæddust á meðan foreldrar voru í hjúskap en óskilgetin börn voru þau sem getin voru án hjúskapar móður sinnar. Óskilgetin börn voru sögð annars flokks börn, sem sýndi sig meðal annars í því að þau voru ekki erfingjar föður síns eftir andlát hans, ólíkt skilgetnum börnum. Þá var að auki ekkert sem sagði til um að óskilgetin börn gætu haft samvistir við föðurfjölskylduna sína og engin sérstök umgengni líkt og þekkist í dag, hundrað árum síðar.⁹

Setning laganna hafði það að meginmarkmiði að jafna réttarstöðu óskilgetinna og skilgetinna barna, þar sem verulega hallaði á óskilgetin börn. Jafnræðið var þó ekki mjög mikið sem sjá má á því að gerðir voru tveir lagabálkar, fyrir annars vegar skilgetin og hins vegar óskilgetin börn, og því augljóst að enn var litið á þessi börn sem mismunandi.

Fyrir hundrað árum, þegar þessir tveir lagabálkar voru settir, var ekki í þeim neitt um rétt barna til að tjá sig við meðferð mála þeirra né heldur um að horfa þyrfti til hagsmuna barnanna þegar leysa þyrfti mál er vörðuðu þau. Í lögnum var til að mynda kafli sem bar heitið „foreldravald“, sem eins og orðið gefur bersýnilega til kynna var til að leggja áherslu á að börn væru á valdi foreldra sinna. Vald foreldra yfir börnum sínum kom enn skýrar fram í 3. mgr. 20. gr. laga nr. 57/1921, þar sem sagði að foreldrar hefðu umráðarétt

⁹ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 42-43.

yfir skilgetnum börnum sínum þar til þau næðu 16 ára aldri.¹⁰ Með foreldravaldinu var tiltekið að foreldrum var frjálst beita börnin valdi til að láta þau hlýða.¹¹ Má því sjá að á þessum árum var réttur barna lítill sem enginn þrátt fyrir að hér væru komin sérstök lög fyrir þau, heldur virðist rétturinn eingöngu hafa verið foreldranna.

3.2 Barnalög nr. 9/1981

Með lögum nr. 9/1981 (hér eftir bl. frá 1981) urðu til fyrstu heildstæðu lög in um málefni barna. Með þeim heyrðu orðin skilgetin og óskilgetin börn sögunni til og mismunurinn sem gerður hafði verið á réttindum þeirra var afnuminn. Bara það að flokka ekki börn í tvo mismunandi flokka var gríðarlegur sigur í réttindum barna. Önnur stór réttarbót í átt að bættum réttindum barna var gerð með þessum lögum, þegar hugtökin „foreldravald“ og „forræði“ voru afnumin og hugtakið „forsjá“ eins og við þekkjum það í dag leit dagsins ljós.¹²

Með þessum lögum var meginreglan sú að farið væri eftir því sem væri barninu fyrir bestu, sem við þekkjum enn í dag, fjörutíu árum síðar. Þó var ekki enn komið inn á það að barn hefði sérstakan tjáningarrétt í þeim málum sem að þeim sneru.¹³ Í lögunum var fjallað um og lögfestur almennur umgengnisréttur fyrir foreldri sem ekki var með forsjá yfir barni sínu, sem var þá umgengnisforeldri. Þá var einnig lögfest skylda umgengnisforeldrisins til að vera í samvistum við og umgangast barn sitt. Forsjárforeldrið átti þá að sjá til þess að umgengni færi fram, nema ef hún væri andstæð hag barnsins.¹⁴

3.3 Barnalög nr. 20/1992

Tjáningarréttur barna var loks lögfestur þann 1. júlí árið 1992 þegar barnalög nr. 20/1992 (hér eftir bl. frá 1992) tóku gildi, sbr. 1. og 2. másl. 4. mgr. 34. gr. og 6. mgr. 37. gr. laganna. Þarna var komin gríðarleg réttarbót fyrir börn,

¹⁰ Þyrí Halla Steingrimsdóttir: „Það sem barninu er fyrir bestu“, *Úlfljótur, tímarit laganema 2004*, bls. 175.

¹¹ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 48.

¹² Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 53.

¹³ Þyrí Halla Steingrimsdóttir: „Það sem barninu er fyrir bestu“, bls. 176.

¹⁴ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 53.

en með lögnum var kveðið á um þá skyldu að veita barni sem væri 12 ára eða eldra kost á að tjá vilja sinn í forsjár- og umgengnismálum, nema það hefði ekki áhrif á úrslit málsins eða væri skaðlegt fyrir barnið.

3.4 Breytingarlög nr. 18/2001

Með breytingarlögum nr. 18/2001 á barnalögum nr. 20/1992 var enn frekar tekið á réttindum barna til tjáningar. Í því fólst að aðilum sem stóðu í forsjár- og/eða umgengnisdeilum var boðið upp á sérfræðiráðgjöf þar sem reynt var að finna sameiginlega lausn á þeim deilum sem uppi voru. Samkvæmt 3. m.l. 1. mgr. 37. gr. A. barnalaga frá 1992 var sýslumanni skylt að bjóða barni, sem náð hafði 12 ára aldri, upp á sérfræðiráðgjöf ef það myndi þjóna hagsmunum barnsins, sbr. 1. mgr. 1. gr. breytingarlaga nr. 18/2001. Þá var einnig heimild til að bjóða yngra barni en 12 ára sérfræðiráðgjöf ef sýslumaður teldi það þjóna hagsmunum þess.

3.5 Barnaverndarlög nr. 80/2002

Með lögfestingu barnaverndarlaga nr. 80/2002, (hér eftir bvl.) varð mikil réttarbót fyrir börn. Lögin eiga að tryggja að öll börn njóti réttinda í samræmi við aldur og þroska og að þau eigi rétt til umönnunar og verndar, sbr. 1. mgr. 1. gr. bvl. Markmið laganna er að tryggja þeim börnum sem búa við óviðunandi aðstæður nauðsynlega aðstoð, og þá er einnig lagt upp með að aðstoða þau börn sem stofna heilsu sinni og þroska í hættu, samkvæmt 1. mgr. 2. gr. bvl. Einnig er kveðið á um það í 65. gr. bvl. að heimilt sé að ráðstafa barni í fóstur gerist þess þörf, hvort sem um tímabundið eða varanlegt fóstur er að ræða. Þau börn sem fara í fóstur hafa síðan rétt til að umgangast kynforeldra eða aðra nákomna, sbr. 74. gr. bvl., nema það sé andstætt hag þeirra.¹⁵

¹⁵ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 20.

3.6 Lög nr. 76/2003 með síðari breytingum

Núgildandi barnalög nr. 76/2003 tóku gildi þann 1. nóvember árið 2003. Helsta breyting sem gerð var á því sem viðkemur ritgerðinni var að nú er ekki lengur kveðið á um aldur barns til að tjá vilja sinn fyrir dómstólum, og því er 12 ára aldurinn ekki lengur hafður sem viðmið. Nú er leitast við að veita barni rétt til að tjá sig í samræmi við aldur og þroska, sbr. 3. mgr. 1. gr. bl.

3.7 Breytingarlög nr. 61/2012 og nr. 144/2012

Síðustu breytingar á barnalögnum sem gerðar voru fyrir skrif þessarar ritgerðar voru gerðar með breytingarlögum nr. 61/2012 og nr. 144/2012. Með þeim hefur upphafi barnalaganna verið breytt til samræmis við Barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna og hafa þau nú að geyma meginreglur hans.

Skyldur foreldra eru orðnar skýrari þegar horft er til sameiginlegrar forsjár og umgengni. Í breytingarlögum nr. 18/2002 var boðið upp á sérfræðiráðgjöf þegar foreldrar voru í deilu um lögheimili, forsjá og/eða umgengni og með nýju breytingarlögnum var þessi sérfræðiráðgjöf gerð að skyldu og var um að ræða sáttameðferð, sbr. 33. gr. a. bl.¹⁶

Heimild dómara til að dæma sameiginlega forsjá leit dagsins ljós með breytingarlögum nr. 61/2012. Samkvæmt 2. ml. 3. mgr. 34. gr. bl. getur dómari ákveðið að kröfu foreldris að forsjáin verði sameiginleg ef þær aðstæður sem fyrir hendi eru þjóna hag barnsins.

Fyrir gildistöku laganna þurfti sýslumaður sem mest að líta til þess sem væri barni fyrir bestu í málum er vörðuðu ákvörðun um umgengni. Breyting varð á þessu við gildistöku laganna og eru nú í 1. mgr. 47. gr. bl., sbr. lög nr. 61/2012, tiltekin þau atriði sem sýslumaður þarf að kanna áður en tekin er ákvörðun um umgengni. Þau eru fyrst og fremst það sem er barni fyrir bestu, tengsl barns við foreldra sína, aldur barns, stöðugleiki í lífi barns, búseta foreldra og það sem skiptir mestu máli, að mati höfundar, sem er að nú er lögbundið að skoða vilja barns með tilliti til þroska og aldurs.¹⁷

¹⁶ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 21-24.

¹⁷ Helga Sigmundsdóttir, Hrefna Friðriksdóttir: „Jöfn umgengni í framkvæmd“, Reykjavík 2013. bls. 4

3.8 Alþjóðlegir samningar sem Ísland er aðili að

Ísland hefur gerst aðili að tveimur alþjóðlegum samningum sem hafa að geyma ákvæði sem fjalla sérstaklega um réttarstöðu barna; í fyrsta lagi er það Mannréttindasáttmáli Evrópu (hér eftir Mse) og í öðru lagi er það Barnasáttmáli Sameinuðu þjóðanna nr. 19/2013.

3.8.1. Barnasáttmáli Sameinuðu þjóðanna

Barnasáttmálinn öðlaðist gildi hér á landi 13. mars 2013 og er meginmarkmið hans að styrkja stöðu barna í mannréttindum. Samkvæmt 1. ml. 1. mgr. 18. gr. Bs bera foreldrar ábyrgð á uppeldi barna sinna en ef foreldrar eru ekki til staðar þá taka aðrir fullorðnir við ábyrgðinni á uppeldi barnsins. Þegar barn á tvo forelda bera þeir sameiginlega ábyrgð á uppeldi þess.¹⁸ Samkvæmt 12. gr. Bs, hafa börn rétt til að tjá sig um málefni sem kunna að hafa áhrif á líf þeirra. Þannig má segja að rödd og vilji barns séu í raun tryggð í Barnasáttmálanum.¹⁹

3.8.2. Mannréttindasáttmáli Evrópu

Ísland gerðist aðili að Mannréttindasáttmála Evrópu þann 30. maí 1994. Þann dag var stigið gríðarmikið framfaraskref í réttindum fullorðinna og einnig barna þar sem Mse tekur á málefnum sem varða einstaklinga, sem á við bæði börn og fullorðna. Í Mannréttindasáttmálanum er að finna grundvallarmannréttindi, en þó með þeim takmörkunum sem kunna að leiða af eðli máls.²⁰

¹⁸ Þórhildur Líndal: *Barnasáttmálinn*, bls. 36.

¹⁹ Þórhildur Líndal: *Barnasáttmálinn*, bls. 26.

²⁰ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 23.

4 Forsjá

Skilgreining á hugtakinu kom fram í skilgreiningakaflanum en hér verður kafað dýpra í hvað það þýðir að fara með forsjá barns og hver réttur barnsins er samkvæmt því.

Um inntak forsjár er fjallað í 28. mgr. bl., en hér verður farið nánar í ákvæðið og hverri málsgrein fyrir sig gerð nánari skil. Samkvæmt 1. mgr. er það réttur barnsins að njóta forsjár foreldra sinna, annars eða beggja, þar til það verður sjálfráða og eru foreldrar enn fremur forsjárskyldir. Lögð er áhersla á að foreldrum beri að annast barn sitt, sýna því umhyggju og virðingu sem og að sinna forsjár- og uppeldisskyldum sínum á þann veg að þær henti best hag og þörfum barnsins, sbr. 2. mgr. 28. gr. bl.

Forsjáraðilum ber skylda til að vernda barn sitt gegn hvers kyns ofbeldi og annarri vanvirðandi háttsemi sbr. 3. mgr. Þetta ákvæði kemur heim og saman við ákvæði 1. mgr. 1. gr. bl., þar sem bann er lagt við því að beita barn hvers kyns ofbeldi eða annars konar vanvirðandi háttsemi. Verndun barna gegn hvers kyns ofbeldi er að auki tiltekin í 19. og 34. gr. Bs., og má því sjá víða í íslenski löggjöf skýr skilaboð um að vernda börn gegn ofbeldi.

Fræðsla er að auki mikilvæg fyrir unga einstaklinga sem eru í stöðugri mótun og er í 4. mgr. fjallað um skyldur foreldra til að veita barni sínu lögmælt fræðslu og menntun í samræmi við þroska þess og hæfileika.

Að fara með forsjá barns felur í sér rétt og skyldu til að ráða persónulegum högum barns og ákveða hvar lögheimili þess skuli vera, sbr. 5. mgr. sömu greinar. Að endingu er það 6. mgr. sem kveður á um þann mikilvæga rétt barns að foreldrar skuli hafa samráð við barn sitt áður en tekin er ákvörðun um málefni er varða barnið, eftir aldri þess og þroska. Þá er hnykktt á því að afstaða barns til málefna er varða það sjálft skuli fá aukið vægi eftir því sem barnið eldist og þroskast. Ákvæðið í heild sinni er í samræmi við 3. mgr. 1. gr. bl., og 1. mgr. 12. gr. Bs.²¹

4.1 Réttur til forsjár

Börn eru eins og gefur að skilja einstaklingar sem eru að þroskast og mótast og að kynnast lífinu. Ákvarðanir sem þau taka eru ekki alveg í takt við þá sem eru eldri og reyndari og markmiðasetning þeirra er hugsanlega aðeins á

²¹ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 80-82.

skjön við fullorðna. Því þurfa börn að vera í umsjá fullorðinna einstaklinga og fá leiðsögn þangað til þau ná sjálf fullorðinsaldri sem er eins og áður sagði við 18 ára aldur. Réttur barna er samt sem áður sá að þau eiga að fá að tjá sig um þær ákvarðanir sem teknar eru um málefni þeirra.²² Eftir því sem barn eldist og þroskast fær tjáningarmáttur þess aukið vægi og ber foreldrum nú að hafa samráð við barn sitt áður en málefnum þess er ráðið til lykta, sbr. 6. mgr. 28. gr. bl.

Réttur foreldra felst einna helst í því að þeir ráða því hvernig uppeldi barn þeirra fær en foreldrar hafa líka skyldur gagnvart börnum sínum sem þeir hafa forsjá yfir, þ.e. að ala barnið upp og ekki má láta barnið afskiptalaust. Ein grundvallarregla barnaréttarins er sú að foreldrar hafa ákveðið ákvörðunarvald fyrir hönd barna sinna.²³ Foreldrar hafa umráðarétt yfir persónulegum högum barnsins fram að 18 ára aldri og þar á meðal ákvarða þeir búsetu barnsins, sbr. 5. mgr. 28. gr. bl. Þar að auki eru persónulegir hagir barnsins taldir vera í hvaða leikskóla barnið gengur og síðar hvaða skóla, sbr. 5. gr. 28. gr. bl.²⁴ Ef foreldrar hafa slitið samvistum þá ber umgengnisforeldri að rækja umgengni við barn sitt og njóta samvista við það, sbr. 2. mgr. 46. gr. bl.²⁵ Réttur foreldra til að njóta umgengni við barn sitt felur einnig í sér skyldur og er því foreldri skylt að njóta samvista með barni sínu, þar sem það er að auki réttur barnsins að fá að njóta samvista við foreldra sína.²⁶

Foreldraskyldan felst í því að foreldrum ber skylda til að framfleyta barni sínu, og þá skiptir engu hvort foreldri fari með forsjá eða ekki. Foreldraskyldan tekur einnig til þess að foreldrum ber að annast barn sitt af virðingu og væntumþykju og einnig að vernda barn sitt gegn hvers kyns ofbeldi og annarri vanvirðandi háttsemi, sbr. 3. mgr. 28. gr. bl. Alltaf skal það samt haft í forgrunni að foreldrar annist barn sitt og sýni því umhyggju og virðingu og gegni sínum forsjár- og uppeldisskyldum á þann máta að það henti best hag og þörfum barnsins, sbr. 2. mgr. 28. gr. bl.²⁷ Eins og fram hefur komið á barn rétt á forsjá foreldra sinna, sbr. 29. gr. bl. Forsjá getur verið tvenns konar, sameiginleg eða full forsjá. Ákvörðun um það hvernig forsjá skuli háttáð getur verið þrenns konar: lögbundin, umsamin eða samkvæmt dómsúrskurði.

²² Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 56.

²³ Hrefna Friðriksdóttir: „Sifja- og erfðaréttur“. *Um lög og rétt*: Reykjavík 2009, bls. 473.

²⁴ Umboðsmaður Barna, „Fjölskyldan“ (Umboðsmaður Barna) sótt 1. mars. 2021.

²⁵ Dögg Pálsdóttir: „Umgengni og umgengnistálmanir“. Reykjavík. bls. 100.

²⁶ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 228.

²⁷ Hrefna Friðriksdóttir: „Sifja- og erfðaréttur“, bls. 473.

4.1.2. Skipan forsjár

Séu foreldrar í sambúð eða hjúskap við fæðingu barns fara þeir sameiginlega með forsjá en ef barn fæðist utan sambúðar eða hjúskapar fer móðir ein með forsjá þess, sbr. 1. og 2. mgr. 29. gr. bl.²⁸ Þegar foreldrar sem eru í hjúskap eða sambúð slíta samvistum er meginreglan sú að þeir fari áfram sameiginlega með forsjá barnsins, semji þeir ekki um annað fyrirkomulag sbr. 1. mgr. 31. gr. bl.²⁹

Þegar tekin er ákvörðun um hvernig forsjá skuli háttáð skal ávallt hafa hagsmuni barnsins í forgrunni. Skyld er að fá staðfestingu sýslumanns á samningi foreldra um það hvernig forsjá skuli skipað og slíkur samningur má ekki vera í andstöðu við hagsmuni barns. Ef slíkir annmarkar eru á samningnum neitar sýslumaður staðfestingu hans og hefur hann því ekkert gildi.³⁰

Nái foreldrar ekki samkomulagi um forsjá eða greini þá á um hvar lögheimili barnsins skuli vera þurfa þeir að fara með þann ágreining fyrir dómstóla, þar sem einungis dómari hefur ákvörðunarvald í forsjármálum þegar ágreiningur er til staðar. Þá er það ekki svo að málið fari beint fyrir dómara, þar sem foreldrum er skylt að leita sátta þegar ekki næst samkomulag um forsjá o.fl., sbr. 33. gr. a. bl. Þegar sættir hafa verið reyndar án árangurs er fyrst hægt að höfða mál fyrir dómstólum.

4.2 Sáttameðferð

Líkt og fram hefur komið er foreldrum sem ekki ná samkomulagi um forsjá og/eða umgengni skylt að leita sátta skv. 1. mgr. 33. gr. a. bl. og 2. mgr. 42. gr. hjúskaparlaga. Þetta ákvæði er nýmæli í lögunum, en líkt og kom fram í kaflanum um sögulega þróun barnalaga var sáttameðferð valkvæð hér áður en gerð að skyldu með lagabreytingunni sem gerð var árið 2012.

Markmið sáttameðferðar er að aðstoða foreldra við að ná samkomulagi sín á milli út frá því sem er barninu fyrir bestu sbr. 1. ml. 3. mgr. 33. gr. a. bl. Það gefur auga leið að ef foreldrar eru sáttir og geta náð samkomulagi um forsjá, umgengni og lögheimili barns þá er hagsmunum barnsins best borgið.³¹

²⁸ Hrefna Friðriksdóttir: „*Sifja- og erfðaréttur*“, bls. 474-475.

²⁹ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 18.

³⁰ Alþt. 2002-2003, A- deild, þskj. 181-180. mál, athugasemdir við 5. mgr. 32. gr.

³¹ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 114.

Sáttameðferðin fer fram með sáttamanni sem aðstoðar foreldra við að skoða hver og hvers vegna ágreiningurinn sé og reyna að finna sameiginlega lausn á málinu sem getur leitt til sátta og samnings á milli foreldra með hag barnsins að leiðarljósi. Sáttamaður er hlutlaus og óhlutdrægur og tekur ekki afstöðu eða gerir tillögu til að leysa ágreiningin. Sáttamaður á eingöngu að leiða fundinn áfram, á þeim grunni sem líklegast er að foreldrar nái að greina þarfir barns og ná sáttum sín á milli, skv. 33. og 33. gr. a. bl.³²

Rétt er að taka fram að þó skylda sé að leita sátta þá þýðir það ekki endilega að sátt náist og foreldrar séu tilneyddir til að gera samkomulag. Vonin er alltaf sú að foreldrar nái sáttum og að langvarandi lausn finnist á málinu, en það er því miður ekki alltaf svo. Þegar sættir nást er sáttavottorð gefið út í samræmi við niðurstöður sáttameðferðarinnar og er þá grundvöllur endanlegrar niðurstöðu hjá sýslumanni. Í þeim tilfellum þegar sættir eru árangurslausar gefur sáttamaður út sáttavottorð þar sem kveðið er á um árangurslausar sættir, sbr. 5. mgr. 33. gr. a. bl. Þegar svo ber undir að ekki er komin sátt þá er næsta úrræði að höfða forsjármál fyrir dómi sem að endingu hefur það í för með sér að dómari sker úr um hvernig fara skuli með forsjá barnsins.

4.3 Heimild dómara til að dæma sameiginlega forsjá

Þegar hingað er komið sögu er vert að hnykkja á miklum framförum sem orðið hafa í málum er varða börn, en áður fyrir gat dómari einungis dæmt öðru foreldrinu forsjá barns en ekki sameiginlega forsjá barns eins og nú er raunin, sbr. 2. ml. 3. mgr. 34. gr. bl.³³

Annað foreldrið getur núna gert þá kröfu að forsjá skuli vera sameiginleg og dómari tekið ákvörðun um það, þegar það er ekki andstætt hag barnsins.

4.3.1. Hvað felst í sameiginlegri forsjá

Foreldrum sem fara sameiginlega með forsjá barns ber að taka sameiginlega allar meiri háttar ákvarðanir er varða barn þeirra, sbr. 28. gr. a. bl.³⁴ Ákvæðið

³² Ingibjörg Bjarnardóttir: „Sáttamiðlun í hnotskurn“, 2005, 4 Lögmannablaðið, bls. 38.

³³ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 135.

³⁴ Alþt. 2011-2012, A-deild, þskj. 1427 – 290. mál.

er með það að markmiði að koma í veg fyrir að þarfir og hagsmunir barnsins séu virt að vettugi. Vonast er til að það dragi úr, eða helst komi í veg fyrir, deilum foreldra um uppeldisatriði sem geta haft neikvæð áhrif á umönnun barnsins og þroska þess.³⁵

Hægt er að segja að með sameiginlegri forsjá sé verið að koma á skipan sem snýst um sameiginlega ábyrgð foreldra sem eiga barn saman. Þá er þetta fyrirkomulag enn fremur einn liður í baráttunni fyrir jafnrétti kynjanna og greiðir fyrir jafnari samskiptum barns við foreldra sína.³⁶

Það þarf vart að tíunda það að ef mikið ósætti ríkir á milli foreldra er sameiginleg forsjá sennilega ekki heppilegasta fyrirkomulagið fyrir barnið, þar sem hún kallar á að foreldrar eigi í samskiptum og ósætti kallar oftast á stíð samskipti.³⁷ Í því samhengi má skoða:

Hrd. nr. 507/2017: Um er að ræða móður sem höfðar mál á hendur barnsföður sínum og krefst þess að henni verði einni falin forsjá þriggja barna þeirra, en fyrir hafði verið um sameiginlega forsjá að ræða. Mikill samskiptavandi var á milli foreldranna og samskipti á milli þeirra fóru fram í smáskilaboðum og tölvupóstum. Undir rekstri málsins kom fram að þau væru bæði hæf til að fara með forsjá og héraðsdómur dæmdi áframhaldandi sameiginlega forsjá. Málið fór fyrir Hæstarétt og þá hafði samskiptavandi foreldranna aukist verulega og ljóst að forsendur til sameiginlegrar forsjár væru brostnar. Vilji barnanna kom þá einnig skýrt fram, sem var að búa hjá móður sinni. Var það því niðurstaða Hæstaréttar að móðir myndi fara ein með forsjá barnanna þriggja.

Þá má einnig skoða annan dóm sem féll fyrir sama dómstól en forsendur niðurstöðu voru heldur ólíkar.

Hrd. nr. 490/2012: Hér höfðar móðir mál og krefst forsjár 3 ára drengs. Ástæður forsjármáls eru samskiptaörðugleikar foreldra. Barnið var tengt báðum foreldrum og báðir foreldrar vel hæfir til að sinna barninu og þörfum þess, samkvæmt mati dómkvadds matsmanns. Þegar leikskólinn var spurður út í forsjárdeilu foreldra vissu enginn þar af henni, þar sem drengurinn hafði ekki sýnt nein merki um breytta hegðun og nýverið höfðu foreldrar mætt saman á

³⁵ Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1374 – 778. mál.

³⁶ Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1374 – 778. mál.

³⁷ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 135.

foreldrafund og ekki bar á ósætti. Í forsendum Hæstaréttar kom fram: „Veikleikar foreldranna sem forsjáraðila birtist helst í samskiptum þeirra á milli þar sem þeim hætti til að lenda í andstöðu hvoru við annað, ögra eða hrökkva í varnarstöðu. Dæmi um þetta sé að eftir umræður aðila um aukna umgengni, sem hafi ekki leitt til niðurstöðu, hafi faðir ákveðið einhliða að auka umgengni og móðir snúist til varnar. Annað dæmi sé að móðir hafi sett fram í ársbyrjun 2011 að hún ætli sér á árinu að flytja með barnið tímabundið úr landi og faðirinn snúist gegn því. Þessi tilvik hafi að mati matsmanns ýtt undir áhyggjur og vantraust hjá þeim. Þrátt fyrir þetta hafi aðilar í meginatriðum náð að miðla málum varðandi son þeirra en tvennt virðist aðallega standa út af. Annað er deila um það hve hratt skuli auka umgengni feðganna. Stefndandi vilji að það gerist hægt samfara auknum aldri og þroska drengsins og hafi hún ekki útilokað að komið verði á jafnri umgengni með tímanum. Stefndi sjái ekki ástæðu til að það dragist að koma á jafnri umgengni og vilji að það gerist sem fyrst. Hitt ágreiningsefnið sé óvissa um að móðir ætli sér að flytja með drenginn til útlanda vegna náms hennar”.

Af framangreindum dómi er ljóst að smávægilegur ágreiningur, sem snýr aðallega að umgengni, hefur ekki verið talin ástæða til að breyta skipan forsjár.

4.4 Hvaða atriða ber dómara að horfa til og afla upplýsinga um

Í þeim tilfellum sem foreldrar ná ekki að semja hvernig forsjá skuli skipast dæmir dómari í málinu skv. 1. mgr. 34. gr. bl., líkt og áður hefur komið fram. Dómari kveður upp dóm sinn með það að sjónarmiði hvað sé barninu fyrir bestu og lítur þá til hæfis foreldra, stöðugleika í lífi barns, tengsla barns við báða foreldra, skyldu þeirra til að tryggja umgengnisrétt, hættunnar á að barnið eða aðrir heimilisméðlimir verði fyrir ofbeldi og að síðustu vilja barns með tilliti til aldurs og þroska þess. Dómari skoðar að auki hvort forsjá hafi verið sameiginleg áður og hvort ágreiningur eða samskipti milli foreldranna geti komið í veg fyrir, hindrað eða dregið úr möguleikum barns til að þroskast, sbr. 4. mgr. 34. gr. bl. Það gefur auga leið að það er veigamikil vinna fyrir höndum hjá dómara þegar taka skal ákvörðun um hvort dæmd

skuli sameiginleg forsjá. Í forsjármálum er dómur alltaf fjölskipaður, en í honum sitja þá tveir embættisdómarar og einn sérfróður meðdómandi sem er sérfræðingur í málefnum barna eða sálfræðingur.

Dómara ber að vera hlutlaus og líta jafnt á foreldrana við mat sitt á forsjárhæfni þeirra. Þess ber þó að geta að dómarar fara alla jafna ekki sjálfir í að meta forsjárhæfi foreldra, heldur er oftast fenginn til þess dómskvaddur matsmaður, sbr. 1. og 2. ml. 3. mgr. 42. gr. bl. Almennt er horft til matsgerða og matsmenn skoða hæfi foreldra í sínum rannsóknum. Dómarar byggja síðan endanlega niðurstöðu sína á því mati.³⁸

4.4.1. Upplýsingaöflun í forsjár- og umgengnismálum

Þegar forsjár- og umgengnismál eru fyrir dómi fer fram gagnaöflun til að geta ákvarðað hvað sé best fyrir hag barnsins. Hvergi er skilgreint í íslenskum lögum hvað sé best fyrir barnið heldur verður að fara yfir viss atriði og vega og meta aðstæður hvers barns fyrir sig áður en tekin er ákvörðun. Almennt er gengið út frá því að barnið muni fá að búa hjá foreldrinu sem er hæfara til að tryggja barninu þroskavænleg uppeldisskilyrði í takt við hag þess og þarfir. Þegar foreldrar eru jafnhæfir til að fara með forsjá hefur dómari heimild til að úrskurða um jafna umgengni skv. 3. mgr. 47. gr. bl.

Þegar hingað er komið er rétt að víkja að 28. gr. bl., þar sem fjallað er um foreldraskyldurnar, en foreldrum ber að gegna forsjár- og uppeldisskyldum eftir því sem er barni fyrir bestu. Því ætti fyrst og fremst að afla upplýsinga um barnið, þarfir þess, hag og vilja. Þar sem foreldrum ber að sinna sínum forsjár- og uppeldisskyldum þarf einnig að skoða hæfni þeirra til að sinna þeim skyldum. Önnur atriði er varða barnið geta líka skipt sköpum við mat á því hvað sé barninu fyrir bestu þegar tekin er ákvörðun um forsjá og umgengni.

Ávallt skal hafa það sem er barni fyrir bestu í fyrirrúmi í málum er þau varða, skv. 2. mgr. 1. gr. bl. sem og 3. gr. barnasáttmálans. Má því segja að tilgangur með því að afla upplýsinga um barn í forsjár- og umgengnismálum sé að leiða í ljós hvað sé því fyrir bestu.³⁹ Hér á eftir verður farið yfir það þegar aflað er upplýsinga um vilja barns í forsjár- og umgengnismálum. Dómari fylgist með gagnaöflun í forsjár- og umgengnismálum og getur lagt fyrir aðila að afla gagna sem varða aðstæður barna. Dómari getur einnig lagt

³⁸ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 158.

³⁹ Sigríður Ingvarsdóttir. „*Gagnaöflun í forsjármálum*”. Reykjavík. 1996. bls. 41-43.

fyrir aðila að afla sérfræðilegrar álitsgerðar, telji hann þörf á því, sbr. 42. gr. bl.

4.4.2. Ákvæði 1. mgr. 43. gr. bl. Hver talar við barnið?

Það getur skipt máli hver talar við barnið og hvernig það er gert, og það er í höndum dómarsins að vege og meta hvort hann ræði sjálfur við barnið eða fái til þess dómskvaddan matsmann. Dómari getur enn fremur fengið sérfræðing til að kanna viðhorf barnsins og skila inn skýrslu um þau, sbr. 2. málsl. 1. mgr. 43. gr. bl.

Ákvörðunina um það hvern dómari fær til að kanna viðhorf barnsins tekur dómari að vel ígrunduðu máli og með hag barnsins í fyrirrúmi. Eldri börn getur dómari oftast rætt sjálfur við en þegar um ung börn er að ræða er eðlilegra að sérfræðingar taki við og ræði við þau. Börn eru viðkvæmur hópur og því þarf að fara gætilega að þeim. Sérfræðingar eru, eins og nafnið ber með sér, faglærðir einstaklingar á sínu sviði. Þeir búa yfir kunnáttu til að láta börnum ekki líða eins og þau séu í yfirheyrslu eða sé stillt upp við vegg. Frekar er farin önnur leið og ná sérfræðingar oft að túlka og meta orð barnanna, og þá hvort barnið sé að segja sinn hug eða jafnvel að tala fyrir annað foreldri sitt.⁴⁰ Það má finna mörg dómafordæmi þar sem barn virðist vera í hollustuklemmu á milli foreldra sinna. Til glöggvunar má sjá:

Hrd. nr. 24/2017: Í þessu máli deila foreldrar um forsj- og umgengni 10 ára sonar þeirra. Móðir hyggst flytja til Noregs með drenginn en faðir er því mótfallinn. Niðurstaða dóms er sú að móðir fær forsjá drengsins en í matsgerð kemur eftirfarandi fram: „Í matsgerð kemur fram að drengurinn sé í greinilegri hollustuklemmu og hafi áhyggjur af því að umgengni hans við föður sinn minnki flytji hann til Noregs. Það er eðlilegt að barn á hans aldri, sem er sátt við sínar núverandi aðstæður, vilji sem minnstar breytingar á sínum högum. Ekki verður séð að drengurinn kjósi umsjá og búsetu hjá öðru foreldri sínu frekar en hinu, heldur lýsir hann löngun til sem mestra samvista við þau bæði.“

⁴⁰ Sigríður Ingvarsdóttir. „Gagnaöflun í forsjármálum“, bls. 70.

4.5 Það sem er barni fyrir bestu

Í 1. ml. 2. mgr. 34. gr. bl. kemur fram sú grundvallarregla barnaréttar að við ákvarðanir er varða barn ber að taka ákvörðun sem er barninu fyrir bestu.⁴¹ Það er óneitanlega að mörgu að hyggja þegar tekin er ákvörðun varðandi lögheimili, forsjá og umgengni barns og þau sjónarmið sem þarf að skoða eru ólík og mismunandi.

Það er ekki hægt að telja með tæmandi hætti upp öll þau atriði og sjónarmið sem koma við sögu og setja þau á lista sem farið er eftir. Öllu heldur þarf að skoða aðstæður hvers barns fyrir sig og hvað sé því fyrir bestu þannig að hægt sé að veita því tækifæri til að lifa við bestu mögulegu þroskavænlegu skilyrði.⁴²

4.6 Önnur lögbundin sjónarmið í forsjármálum

Með lögfestingu breytingarlaga nr. 61/2012 voru í 2. ml. 2. mgr. 34. gr. bl. lögfest lögbundin sjónarmið sem dómurum ber að hafa til hliðsjónar þegar þeir fá inn á borð til sín ágreining er varðar forsjá og lögheimili barns. Meginmarkmið þess að festa þessa þætti í lagaákvæði var að hafa mælikvarða sem hægt væri að leggja til grundvallar þegar metið væri hvað væri barni fyrir bestu. Auk þess eru skyldur foreldra og réttur barnsins áréttuð með þessum sjónarmiðum.

Ljóst er að þó mælikvarðinn sé til staðar og almennt sé falast eftir því að litið sé til þessara tilteknu sjónarmiða þegar forsjármál eða lögheimilismál eru rekin fyrir dómstólum verða niðurstöðurnar mismunandi þar sem vægi hvers sjónarmiðs og túlkun á þeim geta verið mismunandi eftir þörfum barna.⁴³

4.6.1. Hæfi foreldra

Þetta er eitt af þeim undirstöðuatriðum sem geta ráðið úrslitum þegar ágreiningur er um forsjá eða lögheimili barns. Þegar hæfi foreldra er metið koma til skoðunar skyldur og heimildir lögheimilisforeldris sem tilteknar eru

⁴¹ Þyrí Halla Steingrimsdóttir: „*Það sem er barninu fyrir bestu*“, bls. 174.

⁴² Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 122.

⁴³ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 122.

í 28. gr. a. bl. Til athugunar eru ýmis atriði sem snúa að foreldri, svo sem aldur þess, almennt heilsufar, geðræn heilsa og að síðustu félagsleg staða. Til samhengis má sjá:

Hrd nr. 456/2015: Foreldrar deildu um forsjá, lögheimili og umgengni tveggja barna sinna. Helst vildu börnin búa hjá báðum foreldrum en af því að það var ekki hægt þá vildu þau vera hjá föður. Báðir foreldrar voru taldir hæfir til að fara með forsjá barnanna, en líklegra þótti að börnin myndu hjá föður ná námslegum árangri í samræmi við greind og fá það aðhald sem þau þyrftu og því var lögheimili barnanna dæmt til föður.

Í þessu máli voru báðir foreldrar taldir hæfir en í niðurstöðu Hæstaréttar kom fram að fyrst það þyrfti að velja á milli foreldra þá myndi það þjóna hagsmunum barnanna best að lögheimili yrði hjá föður. Litið var til þess að hann byggði börnunum betri stöðugleika, tengsl barna við hann væru sterkari en við móður, og það væri vilji barnanna að vera hjá föður. Þarna var um að ræða tvo foreldra sem voru báðir hæfir, en þegar skoðað var hvort foreldrið væri hæfara til að mæta þörfum barnanna og tryggja þeim þroskavænleg skilyrði þá var það faðirinn.⁴⁴

4.6.2. Stöðugleiki í lífi barns

Öll þurfum við að búa við öryggi og stöðugleika en það er enn mikilvægara þegar um börn er að ræða. Stöðugleiki og öryggi eru meðal þeirra lykilatriða sem talin eru til þess fallin að veita börnum þroskavænleg skilyrði. Þegar ákvarða á um búsetu barns er litið til þess hvort ákvörðunin muni hafa í för með sér flutninga fyrir barnið úr þeim aðstæðum sem það þekkir.

Gerður er greinarmunur á því hvort barn eigi að flytja með foreldri sem það hefur sterk tengsl við eða hvort barnið eigi að flytja frá foreldri sem hefur tekið ákvörðun að flytja og barnið er með sterk tengsl við. Ef foreldri sem barn tengist vel flytur frá barni getur það haft mikil áhrif á barnið og óhjákvæmilega meiri en ef það flytur með foreldri sem það hefur sterka tengingu við. Þá skiptir einnig miklu máli hvort foreldri sé í varanlegri búsetu sem býður barni tryggar aðstæður eða hvort líkur séu á því að aðstæður barns geti breyst oft með flutningum foreldris.

⁴⁴ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 123.

Ef flutningar eru óhjákvæmilegir er skoðað hver líklegustu áhrif þeirra yrðu fyrir barnið, hvort barnið þurfi að skipta um skóla, hvernig tómstundum verði háttað og fleira sem við kemur daglegu lífi barnsins.

Til samhengis má skoða:

Hrd. nr. 1/2013: Í málinu deildu foreldrar um forsjá 9 ára sonar síns, en við upphaf máls var sameiginleg forsjá. Tengsl barns við báða foreldra voru góð en drengurinn átti þó jákvæðari og sterkari tengsl við föður sinn og sýndi neikvæð tengsl við móður sína. Barninu fannst faðir sinn skemmtilegri og þeir vinir, en kvartaði undan móður og sagði hana hafa rassskellt sig einu sinni og í eitt skipti sápuþvegið munn sinn. Móðir viðurkenndi þetta ofbeldi fyrir dómi. Báðir foreldrar voru taldir hæfir til að fara með forsjá en móðir hafði verið uppalandi frá upphafi. Móðir hélt barninu frá föður frá apríl 2011 til og með október 2011, í sjö mánuði samtals, og var málið höfðað vegna þess. Kvaðst móðir hafa gert það vegna andlegra veikinda föður, en hún sagði hann ekki hafa verið fær um að hugsa um sjálfan sig. Þá var talið að þótt hún hefði eitt sinn tálmað umgengni væri ekki öruggt að hún myndi gera það aftur. Í niðurstöðum kemur fram að báðir foreldrar séu hæfir til að fara með forsjá. Vilji barns var ekki tekinn til greina í þessu máli, þar sem skýr vilji barnsins var að búa hjá föður, en hitta móður til jafns við hann. Helst var litið til þess að móðir hefði meira tengslanet í kringum sig og að flutningur barns til föður hefði í för með sér rask. Móðir fékk því forsjá og lögheimili var áfram hjá henni.

Þessi dómur er merkilegur að mörgu leyti, en hér stendur vilji barns til að vera hjá föður. Barnið hefur orðið fyrir ofbeldi af hendi móður sem barnið kveður oft þreytta og upptekna. Móðir hafði tálmað umgengni í samtals sjö mánuði vegna þess að henni fannst faðir ekki fær um að hugsa um sjálfan sig og viðurkennir dómurinn að það hafi ekki verið rétt ákvörðun hjá henni. Þrátt fyrir að móðir hafi brotið gegn foreldraskyldum sínum í sjö mánuði og beitt barnið ofbeldi var dæmt að hún skyldi vera forsjáraðili. Það taldist hafa minni röskun í för með sér fyrir barnið að halda þeirri skipan.

4.6.3. Tengsl barns við báða foreldra

Sjónarmiðið um stöðugleika í lífi barns tengist óhjákvæmilega sjónarmiðinu um tengsl barns við báða foreldra þar sem jákvæð og sterk tengsl mótast. Það

er ljóst að tengsl barns við foreldri geta skipt miklu þegar ákvörðun um forsjá er tekin. Þá er fyrst og fremst átt við jákvæð og uppbyggileg tengsl.

Þegar foreldrar eru jafn hæfir til að fara með forsjá skiptir sköpum að skoða tengsl barns við hvort foreldri fyrir sig, sér í lagi þegar taka á ákvörðun um framtíðarlögheimili barns.

Landsréttarmál nr. 636/2018: Foreldrar voru í sambúð og áttu saman eitt barn. Móðir flutti erlendis með barnið og fór þar í nám og faðir varð eftir. Faðir fór síðan út til þeirra og bjó með þeim í skamman tíma en sambandi þeirra lauk svo og faðir flutti til Íslands í október 2015. Móðir samþykkti að barnið færi tímabundið með föður til Íslands til að fedgarnir gætu tengst betur. Móðir og faðir gerðu samkomulag um að halda sameiginlegri forsjá en lögheimili barnsins væri hjá föður á Íslandi, og jafnframt kveður móðir þau hafa gert munnlegt samkomulag um að barnið myndi búa til skiptis hjá þeim í framtíðinni. Rafrænu samskiptin á milli móður og barns gengu vel, sem og samskipti barnsins við móðurforeldra á Íslandi og dvaldi barnið reglulega hjá þeim. Viðsnúningur varð þegar móðir fór í nýtt samband. Faðir svaraði engum skilaboðum frá móður fyrir utan eitt skipti, þar sem hann bað um frið frá samskiptum í óákveðinn tíma og sagði að allar frekari tilraunir til samskipta áður en hann gæfi leyfi fyrir þeim myndu leiða til þess að engin samskipti myndu eiga sér stað. Móðir höfðaði því mál í kjölfarið og krafðist þess að fá lögheimili barnsins til sín. Í niðurstöðu matsgerðar sem lögð var fyrir héraðsdóm kom fram að bæði væru hæf til að fara með lögheimili barnsins.

Tengslasaga drengsins við foreldra var góð, en hann hafði þó virkað bældur á fundi með föður sínum. Það samrýmist lýsingum frá móðurforeldrum af því þegar þau hittu barnið á förnum vegi með föður sínum. Drengurinn lýsti jákvæðari samskiptum við móður sem hann hafði þó verið fjarri í einhvern tíma. Hann virtist haldinn ranghugmyndum um hvað það þýddi að búa erlendis hjá móðurinni, en faðirinn hafði sagt honum að þar væru úlfar og ef hann færi þangað þá kæmi hann aldrei aftur til Íslands. Undir rekstri málsins kom fram hjá hinum dómskvadda matsmanni að óvenjulega mikill munur væri á jákvæðum tengslum barnsins við móður og föður, sérstaklega þar sem faðir hafði verið aðalumönnunaraðili barnsins síðan 2015. Niðurstaða héraðsdóms varð sú að lögheimili barns myndi flytjast til

móður á grundvelli sterkra tengsla þeirra á milli. Niðurstaðan var staðfest fyrir Landsrétti.

Augljóst er að aðalástæða þess að dómurinn féllst á að leggja það á barnið að flytja á milli landa, og þar með úr öruggu umhverfi sem það þekkti, var sú að tengslin við móður voru mun sterkari en við föður.

4.6.4 Hætta á ofbeldi

Enginn á að þurfa að búa við ofbeldi og það á ekki síst við þegar um börn ræðir. Því hefur á undanförunum árum verið lögð áhersla á verndun barna gegn ofbeldi. Þetta kemur skýrt fram í barnalögum, barnaverndarlögum og barnasáttmálanum, sbr. 1. mgr. 1. gr. bl., 2. mgr. 1. gr. bvl., og 6. og 19. gr. Bs. Rannsóknir hafa sýnt fram á að ofbeldi á heimili barns, hvort sem það beinist gegn barninu sjálfu eða öðrum heimilismeðlimum, hefur skaðleg áhrif á barnið. Afleiðingar af ofbeldi á heimili geta verið líkamlegar og andlegar og geta haft slæm áhrif á þroska barns. Þegar annað foreldrið hefur beitt barnið sjálft ofbeldi eða hætta er á að barnið verði fyrir ofbeldi af hálfu foreldrisins dregur það úr forsjárhæfni viðkomandi. Því er það svo þegar um er að ræða rökstuddan grun eða að foreldrið hafi verið dæmt fyrir ofbeldi að þá fær það foreldri ekki forsjána. Það getur jafnvel dregið úr líkum á sameiginlegri forsjá ef annað foreldrið hefur beitt hitt ofbeldi.⁴⁵

4.6.5. Vilji barns

Vilji barns er réttur barnsins sem mikilvægt er að virða, þar sem barn á að hafa kost á að tjá sig í málum er það varða, meðal annars um forsjá eða lögheimili, og ber að taka inn í málið skoðanir barnsins í samræmi við þroska þess og aldur, skv. 3. mgr. 1. gr. bl., sem og 12. gr. Bs. Reglan er að auki undirstrikuð í 1. mgr. 43. gr. bl., þar sem dómara er veitt heimild til að fela sérfróðum manni að kynna sér viðhorf barnsins og gefa skýrslu um þau.

Börn geta verið misjafnlega skýr um hver vilji þeirra sé og geta verið lituð af því sem áður hefur gerst í lífi þeirra. Því þarf að skoða aðstæður í hverju máli fyrir sig, til að mynda hvort ofbeldi hafi verið beitt á heimili þess, líkt og kom fram í umfjöllun hér að ofan. Þegar vilji barnsins er hins vegar skýr og einbeittur styður það mat á því hvað er barninu fyrir bestu.

⁴⁵ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 132.

Óþarfi er að fjölyrða um þær miklu breytingar sem verða í lífi fólks þegar skilnaður er óumflýjanlegur, og það eru ekki einvörðungu fullorðnu aðilarnir sem eru að slíta samvistum heldur heil fjölskylda. Börn finna fyrir þessum breytingum og getur vilji þeirra tengst skilnaðinum eða ósætti foreldra sinna. Börn eru enn í mótun og því sýna þau ekki tilfinningar sínar á sama hátt og fullmótaðir fullorðnir einstaklingar og tilfinningar þeirra geta komið fram með reiði, sorg og kvíða. Þessar tilfinningar geta jafnframt brotist út sem andúð í garð annars foreldrisins og barn getur neitað að hafa samskipti við það. Þegar svo háttar til er mikilvægt að skoða hvenær barnið byrjaði að þróa slíka andúð í garð foreldrisins, þá einkum til að sjá hvort raunverulegur vilji barnsins sé að vera ekki í samskiptum við foreldri eða hvort tilfinningarnar séu að tala sínu máli.⁴⁶

Nýlega hefur fallið dómur í Landsrétti þar sem vilji barns var virtur að vettugi:

Landsréttarmál nr. 17/2019: Móðir og faðir sem voru í sambúð eiga saman fimm dætur og stúlkurnar höfðu búið hjá móður frá skilnaði árið 2014. Faðir höfðaði mál árið 2014 til að fá niðurstöðu um forsjá, lögheimili og umgengni við dætur sínar og málinu lauk með dómssátt sama ár. Samið var um umgengni en faðir hafði haldið því fram að móðir hafði tálmað umgengni allt frá skilnaði, en mikill ágreiningur var milli foreldranna. Í lok árs 2016 lýsti elsta dóttir þeirra því fyrir ráðgjafa í skólanum að faðir hennar hefði ýtt henni, slegið hana og síðar reynt að sparka í hana undir áhrifum áfengis. Móðir hafði lagt fram beiðni um nálgunarbann á manninn, sem var hafnað. Móðir kvað föður hafa gengið illa að sinna umgengni árið 2017. Tvær af dætrum þeirra struku úr hans umsjá og lögregla fann þær blautar og kaldar úti í móa þar sem þær sögðu hann hafa lagt á þær hendur, verið vondur við þær, kallað þær ljótum nöfnum og ekki hlustað á aðra stúlkuna þegar hún kvartaði undan magaverkjum. Eftir þetta fóru stúlkurnar ekki í umgengni, fyrir utan eitt skipti þegar þær hittu föður sinn fyrir utan hús þeirra og síðan um páska þetta sama ár. Móðir hélt því fram að þær vildu ekki fara til föðursins, en faðir neitaði því að hafa lagt hendur á stúlkurnar. Í dómnum kom fram að daginn sem aðalmeðferð málsins fór fram í héraði hefðu dómsformaður og hinn sérfróði meðdómandi rætt við eldri stúlkurnar þrjár og

⁴⁶ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 132-133.

frásögn þeirra af föður sínum og veru þeirra þar hefði verið sláandi: „G kvaðst vera kvíðin og ekki vilja hitta stefnda. Hún kvaðst ekki sjá fyrir sér hvernig það gæti orðið í framtíðinni, stefndi væri vondur og hann drykki. F kvað stefnda ljúga að þeim, hann drykki og læsti þær úti. Hún kvaðst vera hrædd við hann, hann væri orðljótur. Hún kvaðst geta hugsað sér að hitta hann í framtíðinni ef fleiri væru viðstaddir, en hana langaði samt ekki að hitta hann. E sagði að það væri ekki gaman að hitta pabba og vildi hún ekki hitta hann. Hann beiti ofbeldi, sé leiðinlegur og ljúgi. Allt lífið sé vont hjá honum“.

Í matsgerð dómkvadds matsaðila sem lögð var fyrir dóm í héraði kom fram að dæturnar hafni föður sínum algjörlega. Í matsgerðinni eru talin upp þrjú atriði í matsgerð sem ástæður fyrir því að stúlkurnar vilji ekki fara til hans, en ekki er einu orði minnst á ofbeldið sem þær skýra frá: „Í fyrsta lagi virðist stefndi ekki ná að tengjast stúlkunum nægilega sterkt tilfinningalega og rækta heilbrigð tengsl og samband við þær. Það sem virðist hafa setið á hakanum sé að mæta stúlkunum tilfinningalega og láta þær upplifa persónuleg og náin tengsl. Í öðru lagi hafi stefnandi ekki gætt sín í því hvernig afstaða hennar til stefnda hafi smitast til stúlnanna. Hún sé markalaus í þeim efnunum og tali illa um stefnda svo stúlkurnar heyri og blandi þeim inn í deilu aðila. Þar sem stefnandi hafi gríðarlega sterk og náin tengsl við stúlkurnar taki þær mjög afgerandi afstöðu með henni. Í þriðja lagi sé gríðarlega mikil samstaða í systrahópnum og hafi þær þjappast saman í afstöðu sinni til föður. Eigi stefndi ekki möguleika gagnvart þessum aðstæðum einn og óstuddur og verði flókið að vinda ofan af þessu“

Í dóminum kemur að vilji stúlnanna varðandi búsetu og samskipti við foreldra sé afgerandi. Þær vilji búa hjá móður sinni og ekki hitta föður sinn. Niðurstaða málsins varð sú að móðir stúlnanna fékk fulla forsjá þeirra en þær voru skyldaðar til umgengni við föður sinn með ákveðinni aðlögun að aukinni umgengni.

Málið fór fyrir Landsrétt og var aflað yfirmatsgerðar sem lögð var fyrir Landsrétt. Þar lýstu matsmenn sig sammála undirmati og að forsjá stúlnanna væri betur falin hjá móður. Umgengni hafði ekki byrjað þegar málið kom fyrir Landsrétt og vilji barnanna var orðinn enn skýrari. Kemur m.a. fram í yfirmatsgerð „að staðan sé orðin þannig að stúlkurnar lýsi því allar að þær vilji ekki hitta föður sinn í umgengni og málið sé því orðið flókið og erfitt“. Enn fremur kemur fram að ekki sé hægt að sjá hvernig umgengni eigi að ganga nema foreldrar láti af reiði sinni í garð hvors annars og semji um umgengni. Þó matsmenn telji þetta lausnina á vandanum þá segjast þeir ekki geta ráðlagt um umgengni, en mæla með að foreldrar fái aðstoð fagmanna við að sinna umgengni.

Í þessu máli var vilji stúlknanna skýr frá upphafi; þær vildu ekki hafa neitt samneyti við föður sinn. Matsmaður staðfestir matsgerð sína í héraðsdómi þar sem fram kemur að frásagnir stúlknanna af ofbeldi eigi við rök að styðjast. Víðsvegar í íslenskum lögum kemur skýrt fram að vernda eigi börn gegn ofbeldi. Dómara ber að líta til þess hvort það sé hættu á að barnið, foreldri eða aðrir hafi orðið eða verði fyrir ofbeldi og vilja barnsins að teknu tilliti til aldurs og þroska. Það er ekki að sjá að litið hafi verið til þessara atriða í þessu máli. Niðurstaða Landsréttar varð að lokum sú að staðfestur var dómur héraðsdóms um annað en umgengni, þar sem úrskurðað var um umgengni undir eftirliti sérfræðings í málefnum barna. Dæturnar voru skyldaðar til að hitta föður sinn síðasta laugardag í hverjum mánuði frá október 2019 til apríl 2020 og eftir það myndi umgengni aukast og vera án eftirlits, þvert á vilja barnanna þriggja.

4.6.6 Skylda foreldra til að tryggja rétt barns til umgengni

Eitt af því sem dómari horfir til við ákvörðun sína er skylda foreldra til að tryggja rétt barns til umgengni. Ef lögheimilisforeldri hefur til dæmis tálmað umgengni þá getur það haft áhrif á ákvörðun um forsjá og lögheimili, þar sem sú skylda er lögð á forsjáforeldri að stuðla að umgengni. Því er horft til þess hvort foreldrið sé líklegri til að viðhalda umgengni þannig að barn geti viðhaldið sínum tengslum við umgengisforeldrið sem það hefur í senn þörf á tengslum við og rétt til að vera í tengslum við.⁴⁷ Skyldur foreldra til að tryggja rétt barns til umgengni liggja því hjá báðum foreldrum, sbr. 1. mgr. 46. gr. bl. Nokkrir áhugaverðir dómar hafa fjallað um þetta atriði.

Hrd. nr. 687/2013: Móðir og faðir deildu um forsjá barns. Eftir samvistaslit fóru þau sameiginlega með forsjá en lögheimili var hjá móður. Faðir hafði áhyggjur af velferð barns og taldi öryggi þess í hættu færi móðir með forsjá og taldi jafnframt að barnið hefði orðið vitni að og orðið fyrir ofbeldi, en það var ekki sannað fyrir dómi. Bæði voru talin hæf til að fara með forsjá, en faðir líklegri til að hamla umgengnisrétti móður vegna þess að hann hélt barninu frá móður sumarið 2012 þar sem barnið vildi ekki fara til hennar eftir að hafa verið sumarið hjá föður sínum. Skv. matsmanni kom eftirfarandi fram: „Þá telur matsmaður það hafa verið

⁴⁷ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 128.

vanhugsað af hálfu föður að halda stelpunni frá móður sumarið 2012. Það hafa sett barnið í erfiða aðstöðu og knúið hana til að taka afstöðu með öðru foreldrinu gegn hinu. Tengsl barnsins við stefndu séu blendnari. Stelpan upplifi ástríki frá móður en einnig hörku, s.s. að vera skömmuð með öskrum eða rassskellt í eitt skipti.” Að auki kemur fram að öskrin sem stúlkan verði fyrir hafi ekki sett mark sitt á hana, heldur sé hún sjálfsörugg og í góðu jafnvægi. Á heimili móður hafði barnið alla tíð búíð og þekkti þar heimilið og umhverfi, auk þess sem barnið átti þar systkin sem það var tengt. Ekki taldist heppilegt að skipta upp systkinum og raska stöðugleika barnsins og var af þeim sökum móður falin forsjá.

Í þessu máli skilaði faðir barni ekki heim eftir að barn var hjá honum í umgengni og það, ásamt öðru, hafði áhrif á að honum var ekki dæmd forsjá.

Hrd. nr. 136/2012: Aðilar deildu um forsjá barns. Eftir samvistaslit fóru aðilar með sameiginlega forsjá og var umgengni ákveðin vika og vika í senn. Þurfti faðir að falla frá þessu samkomulagi um stund vegna náms sem hann stundaði og var umgengni þá önnur hver helgi. Þegar skólanum lauk leitaði faðir eftir því að fyrra samkomulag yrði tekið upp en því neitaði móðir og fékk faðir ekki að sjá barn sitt í þrjár vikur. Í framhaldi af því fór af stað rannsókn á því hvort barnið hefði orðið fyrir kynferðisofbeldi af hálfu föður síns. Engin umgengni átti sér stað meðan rannsókn málsins stóð yfir. Rannsókn var hætt þar sem ekkert hafði komið fram sem þótti nægilegt eða líklegt til sakfellis og ekkert benti til þess að barnið hefði orðið fyrir kynferðisofbeldi af hálfu föður. Framburður barnsins bar þess merki að hann hefði verið æfður. Nokkru eftir að málið féll niður var tekin upp umgengni við föður undir eftirliti Barnaverndarnefndar. Móðir lagðist seinna á sjúkrahús vegna andlegra veikinda og var barnið vistað hjá fósturforeldrum en umgengni við föður var önnur hver helgi. Aðilar voru báðir taldir hæfir til að fara með forsjá barnsins, en faðirinn hafði forskot hvað varðaði stöðugleika og andlegt jafnvægi. Sömuleiðis var faðir talinn líklegri til að virða umgengnisrétt við það foreldri sem ekki færi með forsjá. Var því af þeim sökum föður falin forsjá barnsins.

Í þessu máli tálmaði móðir umgengni í þrjár vikur og sakaði föður um að hafa beitt barn kynferðisofbeldi sem var talið ósannað. Engin umgengni átti sér stað meðan rannsókn á málinu fór fram og föður var dæmd forsjá þar sem

hann var talinn líklegri til að virða umgengnisrétt. Þessi dómur er í raun skólabókardæmi um hversu mikilvægt er að virða umgengisrétt sama hvað gengur á.

5 Umgengni

Hugtakið umgengni hefur þegar verið skilgreint í kafla 2.4. en í þessum kafla verður kafað dýpra í þýðingu umgengni; hvað er umgengnisréttur, hvað felst í honum og hver á þann rétt?

5.1 Umgengnisréttur

Umgengnisréttur er mjög mikilvægur þáttur í lífi barns og umgengnisforeldris og því er nauðsynlegt að vandað sé til verka þegar ákvarðað er hvernig umgengninni skuli háttað. Barn á rétt á að þekkja báða foreldra og þegar tekin er ákvörðun um umgengni skiptir samband barns við foreldri höfuðmáli.

Rétturinn er hins vegar ekki eingöngu barnsins, heldur hefur það foreldri sem barnið býr ekki hjá einnig sinn rétt til að fá að njóta samvista við barn sitt. Því foreldri ber sömuleiðis skylda til að sinna samvistum við barnið sitt. Að auki er sú skylda lögð á lögheimilisforeldri að stuðla að því að umgengni nái fram að ganga.⁴⁸

Þegar tekin var ákvörðun um að lögfesta reglur um umgengnisrétt byggði sú hugmynd á því að ná fram styrkingu á sambandi barns við umgengnisforeldri. Barn á að eiga aðgengi og samvistir við báða foreldra sína sé almennt færi á því og það ekki andstætt hag þess, sbr. 1. mgr. 46. gr. bl. Gengið er út frá því að börn eigi að geta notið sem mestra samvista við foreldra sína og því ber löggjafanum að stuðla að því.⁴⁹ „Almennt má segja að í umgengnisréttinum felist réttur og skylda foreldris til samveru með barninu og réttur barnsins til samveru með foreldri.“⁵⁰

Í reynd hafa ekki orðið til neinar fastar reglur um það hvað umgengni skuli vera mikil og/eða í hvernig formi hún skuli vera. Þó eru til viðmið um lágmarksumgengni, sem er þá minnsti mögulegi samvistatími, sem oftast er þá önnur hver helgi.⁵¹ Með umgengni er átt við samveru og önnur samskipti sem geta þá verið í gegnum símtöl eða fjarskiptaforrit, sbr. 2. ml. 1. mgr. 46. gr. bl. Til samhengis má sjá:

⁴⁸ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 171.

⁴⁹ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 226.

⁵⁰ Davíð Þór Björgvinsson: *Barnaréttur*, bls. 228.

⁵¹ Hrefna Friðriksdóttir: „*Sifja- og erfðaréttur*“, bls. 479-480.

Hrd nr. 197/2009: Móðir og faðir deildu um forsjá dóttur sinnar sem fædd var 1998. Frá sambúðarslitum og fram á mitt ár 2007 var barnið í reglulegri umgengni við föður, en um það leyti tók móðir fyrir umgengni vegna gruns um að faðir hefði beitt barnið kynferðislegu ofbeldi. Málið var svo höfðað af föður, en móðir var þá flutt af landi brott með barnið. Matsmenn komust að þeirri niðurstöðu að þau væru bæði hæf til að fara með forsjá. Faðir hélt því fram fyrir héraðsdómi að móðir hafi tálmað umgengni þar sem hún hefði fellt hana niður. Niðurstaða héraðsdóms var sú að forsjá barnsins var áfram í höndum móður og var hún staðfest í Hæstarétti. Í niðurstöðu héraðsdóms var sérstaklega fjallað um það að móðir hefði stuðlað að reglubundnum samskiptum barnsins við föður með vikulegum símtölum þeirra. Var það talið auka forsjárhæfni hennar sbr: „Einnig er þess að gæta að stefnda hefur fyrir sitt leyti greitt fyrir samskiptum barnsins við stefnanda með vikulegum símtölum þeirra á milli.“

Af framangreindum dómi má því sjá að dómstólar meta það svo að það að koma í veg fyrir samskipti barns við hitt foreldrið eða tálma umgengni dragi úr forsjárhæfni foreldris.

5.2 Ákvörðun um umgengni

Foreldrar sem fara sameiginlega með forsjá barns eiga að meta það í sameiningu hverjar þarfir barns séu í sambandi við umgengni og samvistir. Umgengni getur verið lítil eða mikil, óháð því hvernig forsjá skiptist á milli foreldra þar sem umgengni byggir fyrst og fremst á mati á þörfum og vilja barns í hvert skipti.⁵² Samkvæmt 4. mgr. 46. gr. bl., geta foreldrar gert samning sín á milli um umgengni barns við umgengnisforeldri, nema slíkur samningur sé andstæður hag og þörfum barnsins. Hægt er að óska staðfestingar sýslumanns á slíkum umgengnissamningi, sbr. 5. mgr. 46. gr. bl. Það getur skipt miklu máli að fá umgengnissamninginn staðfestan af sýslumanni þar sem ekki er hægt að leita úrræða vegna hans ef til tálmana kemur ef svo er ekki. Nánar verður farið út í það efni í kafla 5.4.2. hér á eftir.⁵³

⁵² Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 15.

⁵³ Helga Sigmundsdóttir, Hrefna Friðriksdóttir: „*Jöfn umgengni í framkvæmd*“, bls. 4.

Það er augljóst að það er mjög mikilvægt að tekið sé sem mest mið af því sem er barninu fyrir bestu og samningurinn sé algjörlega miðaður að hag og þörfum barnsins. Það er síðan foreldranna að laga sig að barninu og þeim samvistum sem bjóðast hverju sinni.

5.2.1. Ungabörn

Ungabörn þurfa á mikilli umönnun að halda, vernd og staðfestu. Á fyrsta ári mynda þau yfirleitt mestu tengslin við einn einstakling, sem er þá oftast móðir. Þetta á sérstaklega við þegar barnið er á brjósti þar sem umönnun móður verður þá mjög fyrirferðarmikil. Á þessu fyrsta ári barna þurfa þau líka mikla ró og stöðugleika og því er ekki heppilegt að umgengni sé þannig að barnið þurfi að fara að heiman, heldur er það talið best fyrir barnið að það fái að vera í sínu umhverfi og umgengnisforeldrið komi til þess til að njóta samvista.⁵⁴

5.2.2. Börn á leikskólaaldri

Þegar börn eru á leikskólaaldri eru þau 1-5 ára og þessi hópur barna hefur mismunandi þarfir og getu þegar kemur að samvistum og umgengni. Á þessum aldri tengjast börn sínum nánustu á mismunandi vegu, þar sem þau eru í djúpum tengingarfrasa á þessu tímabili. Passa þarf að barn sé ekki á miklu flakki og stöðugt að laga sig að breyttu umhverfi, fólki, reglum og umönnun, því ef svo er þá er hætt við að barnið nái ekki að hvílast nægilega. Hvíld er mikilvæg fyrir barnið á þessu aldurskeiði til að það geti nýtt krafta sína í að proska tilfinningalega, vitsmunalega og félagslega hæfni sína.

Börn á þessum aldri þurfa á góðri reglu og rúttínu að halda og það þarf að fara varlega í breytingar þar sem þær geta valdið álagi á barn á þessu aldurskeiði. Ef breytingar eru of örar eða of miklar í einu geta myndast streituvíðbrögð hjá barni, og að auki getur barnið farið að mynda aðskilnaðarkvíða.⁵⁵

⁵⁴ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 175.

⁵⁵ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 176-177.

5.2.3. Börn á skólaaldri

Þau börn sem komin eru á skólaaldur eiga auðveldara með að ráða við mikla umgengni og mismunandi umönnun og eiga betra með að skipta um umhverfi og aðlagast breyttum aðstæðum. Eftir því sem börn eldast öðlast þau jafnframt meiri hæfni til að aðlagast og vitsmunaproski þeirra eykst, sem sýnir sig í því að þau fara að taka aukna ábyrgð í samskiptum við aðra. Þau hafa á þessum aldri mun meiri getu til að tjá sig um sinn eigin vilja og hvað þeim mislíkar og rödd þeirra heyrir í enn frekari mæli.⁵⁶

5.2.4. Unglingar

Þegar börn eru á yngri unglingsaldri eru þau mikið í sálrænni umönnun og fjárhagslega háð foreldrum sínum. Þegar þau ná 15-18 ára aldrinum verða þau mun sjálfstæðari og foreldrar eru þá frekar til staðar í baklínunni til að styðja við unglöngana. Á þessum aldri vilja unglöngarnir margir hverjir fara að ráða sér sjálfir og ákvarða sína umgengni eftir sínu höfði og aðlaga hana að sínum þörfum og lífi.⁵⁷

5.3 Jöfn umgengni

Líkt og kom fram í kafla 3, um sögulega þróun íslensks barnaréttar, hafa miklar framfarir orðið í réttindum barna og í kjölfar þeirra má sjá vísbendingar um að umgengni barns við umgengnisforeldri hafi aukist. Foreldrar eru í auknum mæli farnir að semja um jafna umgengni sem þýðir að umgengnin sé til jafns á milli umgengnisforeldris og lögheimilisforeldris. Oftast er fyrirkomulagið þannig að barn dvelur í viku hjá hvoru foreldri fyrir sig. Í einhverjum tilvikum er þetta á annan hátt, t.d. að barn dvelji í hálfan mánuð hjá hvoru foreldri fyrir sig.

Þegar foreldrar taka ákvörðun um að hafa jafna umgengni er, líkt og með önnur umgengnisfyrirkomulög, farið eftir því sem er barninu fyrir bestu og það sem hentar einu barni hentar kannski alls ekki öðru. Þess vegna er mjög

⁵⁶ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 177.

⁵⁷ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 177.

mikilvægt þegar tekin er sú ákvörðun að hafa jafna umgengni að skoða hvort það muni henta barninu sem um ræðir eða ekki.⁵⁸

Með lagabreytingunni sem átti sér stað árið 2012 er sýslumanni heimilt að úrskurða um jafna umgengni, sbr. 3. mgr. 47. gr. bl. Meginreglan fyrir þann tíma var að barn byggi hjá lögheimilisforeldri en færi í heimsóknir til umgengnisforeldris. Í einhverjum tilfellum voru foreldrar farnir að semja um jafna umgengni fyrir þennan tíma, en ekki var hægt að úrskurða um slíkt líkt og nú var komin heimild fyrir.⁵⁹

Góð og uppbyggileg samskipti á milli foreldra eru eitt grundvallarskilyrðið fyrir farsælli jafnri umgengni, þar sem foreldrar verða að geta borið gagnkvæma virðingu hvort fyrir öðru og sýnt tillitsemi. Draga má lærdóm af Hrd. 91/2013:

Hrd. nr. 91/2013: Foreldrar tóku saman árið 2008 og hófu sambúð sína árið 2010, eftir að móðir varð ófrísk. Dóttir þeirra fæddist það ár en foreldrarnir slitu samvistum á síðari hluta 2011. Samið var um sameiginlega forsjá og að dóttirin myndi dvelja aðra hvora viku hjá föður. Móðir höfðaði mál í mars 2012 þar sem hún taldi fyrirkomulagið henta dóttur þeirra illa. Í héraðsdómi, sem staðfestur var í Hæstarétti með vísan til forsenda hans, er ítarleg umfjöllun um þarfir og þroska ungra barna. Þar segir m.a.: „Almennt er í sálfræði litið svo á að ró og stöðugleiki í umönnun og aðstæðum henti að jafnaði best börnum framan af forskólaaldri og að það hafi truflandi áhrif á þroskaferlið þurfi þau sífellt að aðlagast breytingum í nánasta umhverfi sínu. Því má ætla að jöfn umgengni henti ekki ungum börnum á sama hátt og hún geti hentað þeim sem orðin eru eldri. Hjá dómkvöddum matsmanni kom fram að jöfn umgengni við ólíka foreldra með vikulegum skiptum, eins og verið hefur í máli þessu, feli í sér breytingar sem líklegar séu til að valda álagi og streitu hjá barninu.“ Var því fallist á þau rök móður að hin jafna umgengni hafi ekki hentað dóttur þeirra með tilliti til aldurs hennar. Jafnframt var talið rétt að líta svo á að með fyrirkomulaginu hafi dóttirin farið að sýna streituvíðbrögð í návist móður, sem hún var í mestum tilfinningalegum tengslum við. Var því móður dæmd forsjá dótturinnar enda þótti sannað að hún hefði verið aðalumönnunaraðili hennar á meðan foreldrar voru í sambúð. Umgengni dótturinnar við föður var minnkuð frá jafnri umgengni í aðra hverja viku frá

⁵⁸ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 172-174.

⁵⁹ Alþt. 2010-2011, A-deild, þskj. 1374 – 778. mál.

fimmtugssíðdegi til mánudagsmorguns, auk umgengni í
sumarleyfum og á stórhátíðum.

Dómurinn sýnir skýrt að barnið réð ekki við svona mikla umgengni og dæmt var í samræmi við það hvað væri best fyrir stúlkuna með tilliti til aldurs hennar, þar sem breytingarnar sem fylgdu því að fara svona á milli heimila og dvelja löngum tíma frá aðalumönnunaraðila voru farnar að hafa slæm áhrif á hana. Við sjáum þarna mikilvægi þess að dómari líti til þess sem hentar barninu best, og svo er það foreldranna að laga sig að því.

5.4 Umgengnisdeilur

Réttur foreldra og barna til umgengni er skýr en þrátt fyrir það er hann ekki alltaf virtur. Það er alveg ljóst að þegar samskipti milli foreldra eru góð er vegurinn að farsælli umgengni nokkuð greiður. Samskipti milli foreldra hafa ekki verið forsenda umgengnisréttar, enda geta foreldrar sem eiga í engum samskiptum virt umgengnisamning. Þegar tekin er ákvörðun um umgengni eru það hagsmunir barnsins sem ráða för. Taka þarf tillit til vilja barna og skiptir þar rödd þeirra máli. Þó samskipti foreldra séu ekki forsenda umgengnisréttar, gefur það auga leið að með góðum samskiptum á milli foreldra er umgengnin mun betri, og er það því best fyrir hag barnsins þegar svo er í pottinn búið.

Oftast semja foreldrar um hvernig umgengni skuli háttáð og í barnalögunum er sérstaklega gert ráð fyrir því að foreldrar geti samið og fengið sinn samning staðfestan hjá sýslumanni.⁶⁰ Þó eru fjölmörg dæmi um að deilur eigi sér stað milli foreldra um umgengni barnsins við umgengnisforeldrið. Slíkar deilur eiga ekki einungis rætur sínar að rekja til tálmana eins foreldris, heldur getur jafnframt verið um að ræða þær aðstæður að umgengnisforeldri sinnir ekki umgengni eða barnið vilji ekki umgangast það.

5.4.1. Þegar umgengni er ekki sinnt

Skýrt er tekið á því í íslenskum lögum að foreldri sem barn býr ekki hjá, sem er þá umgengnisforeldri, eigi rétt á að umgangast barnið sitt og að auki ber umgengnisforeldri skylda til að rækja umgengni við barn sitt, sbr. 2. mgr. 46.

⁶⁰ Hrefna Friðriksdóttir: „Úrræði vegna umgengnistálmana“, bls. 350.

gr. bl. Oftast finna foreldrar fyrir ábyrgð og vilja vera í umgengni við börn sín og sinna sínum skyldum samkvæmt samningi, úrskurði eða dóm um umgengni. Því miður er það þó ekki alltaf svoleiðis að umgengnisforeldri sinni sínum skyldum gagnvart umgengni og hefur verið rætt um það hvort það þurfi hreinlega að skerpa á þeirri skyldu eða jafnvel að ákveða viðurlög við því að sinna ekki umgengni við barn sitt. Það er nokkuð ljóst að skyldan fellur á lögheimilisforeldri þegar umgengnisforeldri sinnir ekki sinni skyldu gagnvart barninu.⁶¹

Það ætti í raun að vera hægt að ganga út frá því að umgengnisforeldri myndi óska eftir því að fá að vera í samvistum við barnið sitt. Í þeim tilfellum sem það er ekki gert ætti að hvetja umgengnisforeldri til að sinna skyldum sínum um umgengni. Þá þarf að vera skýr lína á milli þess að hvetja til umgengni og að þvinga fram umgengni, þar sem það er ekki til hagsbóta fyrir barn að vera á stað þar sem enginn kærir sig um að hafa það.⁶²

Sé ágreiningur á milli lögheimilis- og umgengnisforeldris um hvernig umgengni skuli háttað er hægt að leita til sýslumanns og fara í skyldubundna sáttameðferð, skv. 33. gr. a. bl. Vonast er til að með sáttameðferð átti umgengnisforeldri sig á sínum skyldum gagnvart því að sinna umgengni við barn sitt. Málsmeðferðin ber ekki alltaf árangur og í þeim tilfellum sem það er ekki getur lögheimilisforeldri óskað eftir því að sýslumaður úrskurði um umgengni.

Þegar umgengnisforeldri vill ekki umgengni við barnið verður úrskurðurinn á þann veg að umgengnin verður engin, þar sem það er talið andstætt hagsmunum barns að þvinga hana fram með þessum hætti. Líkt og fram hefur komið er þvinguð umgengni barns við umgengnisforeldri ekki af hinu góða og því þýðingarlaust að úrskurða umgengnisforeldri til að rækja umgengni sem það hefur ekki vilja til að sinna.⁶³

Það sjónarmið hefur verið ríkjandi hér á Íslandi að þegar umgengni sé þvinguð fram sé mikil hættu á skaða fyrir barnið. Því þarf að líta til tveggja þátta þegar reynt er að koma á umgengni. Í fyrsta lagi eru það hagsmunir barns og foreldra að njóta samvista og í öðru lagi þarf að skoða hver hagur barnsins er þegar framkvæmd umgengninnar á sér stað og gæta þess að hún valdi ekki skaða eða erfiðleikum fyrir barnið.⁶⁴

⁶¹ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 178.

⁶² Alþt. 2002-2003, A-deild, þskj. 181 – 180. mál

⁶³ Hrefna Friðriksdóttir: „*Úrræði vegna umgengnistálmana*“, bls. 354.

⁶⁴ Alþt. 2002-2003, A-deild, þskj. 181 – 180. Mál.

5.4.2. Tálmun

Foreldrar sjá í flestum tilvikum til þess að barn þeirra fái að njóta þeirrar umgengni sem ákveðin hefur verið með samningi á milli foreldra, úrskurði sýslumanns eða með dómi. Lögheimilisforeldri þarf að virða samninginn sem um ræðir og fara eftir honum, sem og umgengnisforeldri. Þó er það svo að umgengnisforeldri getur virt að vettugi samninginn og það eru engin viðurlög við því. Ef lögheimilisforeldri hindrar hins vegar að umgengni nái fram að ganga er hægt að beita það foreldri dagsektum, sem er gert til að tryggja að barn missi ekki af þeirri umgengni sem talin hefur verið því fyrir bestu. Til samhengis má skoða:

Hrd nr. 67/2016: Í málinu reyndi á forsjá og umgengni 6 ára stúlku. Málavextir voru þeir að foreldrar áttu í miklum samskiptavanda og skráð voru 11 sífjamál hjá sýslumanni um umgengni, meðlag og dagsektir. Bent var á að samskiptaleysi foreldra myndi hafa skaðleg áhrif á stúlkuna. Voru foreldrar báðir taldir hæfir og þrátt fyrir að stúlkan hefði ekki sterk tengsl við föður benti allt til að þau gætu þróað með sér gott feðginasamband. Matsmenn og sérfræðingar voru á sama máli um það. Frá leikskóla kom álit, byggt á upplýsingum frá móður, sem fyrst taldi umgengni ekki vera barni til hagsbóta en eftir að starfsfólk leikskólans hafði séð þau feðgin saman breyttist sú afstaða. Þótti augljóst að móðir hefði spilt hug stúlkunnar til föður og komið í veg fyrir umgengni, og segir m.a. í dómsorðum „Augljóst sé að stefnandi hafi gert allt sem í hennar valdi standi til að eitra hug barnsins gagnvart stefnda“. Mikið vesen hafði verið á umgengni og virtist barnið aldrei tilbúið til að koma í umgengni, faðir mátti ekki koma á heimili móður og hafði hún hringt í lögreglu þegar hann kom að heimili hennar. Móðir svaraði ekki þegar hann hafði komið að sækja barnið og að auki ekki gert neitt til að stuðla að umgengni. Það höfðu verið takmörkuð tengsl við föður þar sem hann hafði ekki haft aðgengi að barninu og þurft að vera undir eftirliti með umgengni, en nú væri tengslamyndunin að þróast í rétta átt.

Dómurinn mat það sem svo að hagsmunum barnsins væri betur borgið ef foreldrar færu áfram með sameiginlega forsjá þess, þrátt fyrir að móðir hefði brotið forsjárskyldur sínar með því að stuðla ekki að umgengni. Dómurinn taldi hvorki ástæðu til að fela móður fulla forsjá vegna þessara tálmana né föður þar sem tengslamyndun barnsins við hann var ekki svo mikil.

Það er alveg skýrt að tálmun á umgengni er brot á forsjárskyldum foreldris og mikilvægt er að undirstrika það við lögheimilisforeldri að virða samninga, úrskurði og dóma um umgengni, þar sem gengið er út frá því að úrskurðaraðilar hafi vegið og metið öll sjónarmið sem varða hag barnsins og hvað sé barninu fyrir bestu.⁶⁵

5.4.3 Barn vill ekki umgengni

Þegar ákvörðun um umgengni er tekin er margt sem þarf að skoða og eitt af því er vilji barnsins, sbr. 6. mgr. 28. gr. bl.⁶⁶ Eftir því sem barn eldist og þroskast hefur vilji þess meira vægi í öllum málum er varða það og mikilvægt er að virða hann, sbr. 3. mgr. 1. gr. bl. og 12. gr. Bs.⁶⁷ Í málum þar sem barn á unglingsaldri er mótfallið því að vera í umgengni við umgengnisforeldri er yfirleitt ekki úrskurðað um umgengni þar sem almennt á ekki að úrskurða þvert á vilja barna. Má í því samhengi skoða:

Hrd. nr. 303/2009: Í þessu máli hafnaði Hæstiréttur að ákvarða inntak umgengi við systkini sem voru að verða 12 og 16 ára. Börnin voru alfarið á móti umgengninni og litið var til vilja þeirra, en verulegir hnökrair höfðu verið á samskiptum barnanna við föður sinn frá því að foreldrar slitu samvistum. Undir- og yfirmatsmenn töldu ólíklegt að aðilar myndu ná að koma nauðsynlegum tengslum í gott horf án aðstoðar fagmanna, og því var vilji barnanna virtur í þessu máli og því hafnað að ákvarða inntak umgengnisréttarins.

Mikilvægi þess að barn fái að tjá vilja sinn í umgengnismálum þarf vart að tíunda þar sem það er barnið sjálft sem mun fara í umgengnina. Þegar barn vill ekki umgengni við umgengnisforeldri getur það vart fallið undir hugtakið umgengnistálmun.

Landsréttarmál nr. 547/2020: Foreldrar voru í sambúð en móðir flutti ásamt dætrum af heimilinu í júlí 2018. Hún leitaði til sýslumanns og gerði kröfu um forsjá stúlkanna og að lögheimili þeirra yrði hjá sér. Faðir gerði kröfu um sameiginlega forsjá og lögheimili hjá honum. Í sáttameðferð kváðust stúlkurnar vilja búa hjá móður. Í stefnu segir að

⁶⁵ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 178-179.

⁶⁶ „Barn vill ekki umgengni“, <https://www.barn.is>.

⁶⁷ Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 936.

stúlkurnar og móðir þeirra hafi orðið fyrir andlegu ofbeldi af hálfu föður. Þá hafi þær oft orðið vitni að mikilli reiði hans í garð móður og reiðin hafi einnig verið farið að beinast að eldri stelpunni. Ástandið á heimilinu var orðið mjög slæmt og stúlkurnar upplifðu sífellda hræðslu vegna skapofsa föður. Faðir hafnaði öllum ásökunum um ofbeldishegðun og sagði að móðir hefði tálmað umgengni hans við börnin, og því hefði hún haft nægt svigrúm til að undirbúa framburð þeirra.

Niðurstaða héraðsdóms var að það myndi þjóna best hagsmunum barnanna að ekki yrði gerð breyting á skipan forsjár þeirra. Það sem réð úrslitum máls var einna helst að þær hefðu frá fæðingu notið forsjár beggja foreldra. Dómurinn mat það svo að hætta væri á enn frekara tengslarofi á milli stúlkunnanna og föður ef fallist væri á að móðir færi ein með forsjá. Umgengni var ekki ákvörðuð á milli eldri stúlkunnar og föður en hún hafði lýst eindregnum vilja til að vera ekki í samskiptum við föður að sinni. Yngri stúlkan, sem hafði lýst yfir hræðslu við að hitta föður sinn, var skikkuð til umgengni við hann og taldi dómurinn mikilvægt að foreldrarnir ynnu saman að því að koma þar á umgengni. Faðir ætti að leita sér aðstoðar á sviði reiðistjórnunar og móðir að byggja upp traust dætranna til hans með það að leiðarljósi að aftur kæmst á stöðug tengsl milli þeirra. Málið fór fyrir Landsrétt, þar sem móðir krafðist þess að fá forsjá stúlkunnanna beggja, að lögheimili þeirra yrði hjá henni og að ekki yrði kveðið á um umgengni við yngri stúlkuna. Við mat á forsjárskipan fyrir Landsrétti kom fram að samskiptavandi foreldranna væri djúpstæður og mikill. Forsjárhæfni móður var talin meiri, og faðir talinn upplifa sig sem fórnarlamb samsæris og að honum væri refsað að ósekju. Niðurstaða Landsréttar var sú að móðir myndi fara ein með forsjá stúlkunnanna og lögheimili yrði hjá henni. Undir rekstri málsins komu fram skýrslur talsmanns, sálfræðileg matsgerð dómskvadds matsmanns, vottorð yfirlæknis, og vottorð tveggja sálfræðinga. Þessar skýrslur báru allar með sér að yngri stúlkan hefði ekki vilja til að hitta föður sinn að svo stöddu. Ákvörðun um umgengni barns við föður sem fer gegn vilja þess kynni að vera skaðleg og gæti viðhaldið veikindum barnsins og því var það niðurstaða réttarins að ekki yrði kveðið á um umgengni yngri stúlkunnar við föður sinn.

Af framangreindum dómi má sjá að traust barna til foreldra getur haft áhrif á hvernig forsjá skuli háttað. Báðar stúlkurnar höfðu lýst því að þær finndu fyrir mjög sterkri ást og áhuga móður á þeim. Einnig lýstu þær því báðar að þær treystu móðurinni fyrir öllum sínum málum og leituðu hiklaust til hennar með hvað sem væri. Einnig nytu þær samvista við móður og sæktu til hennar hlýju og nánd. Eldri stúlkun lýsir blendnum kenndum í garð föður. Hún hafði reynt að byggja upp tengsl við hann á ný meðan á vinnslu matsins stóð. Í síðasta viðtali við eldri stúlkuna kom fram að hún vildi ekki hafa frekari samskipti við föður að svo búnu, en óskaði þess að hann bæðist afsökunar og breytti hegðun sinni. Yngri stúlkun forðaðist að hitta og hugsa um föður. Hún óttaðist reiði hans en saknaði hans engu að síður og langaði til að vera í sambandi við hann, en vildi það samt ekki. Merkilegt er að sjá að í niðurstöðu héraðsdóms var ekki litið til vilja barnanna heldur þess að þær hefðu lotið forsjá beggja foreldra frá fæðingu og hætta væri á frekara tengslarofi við föður ef móðir færi ein með forsjá. Þessu var síðan snúið við í Landsrétti þar sem horft var á vilja barnanna.

5.4.4. Viðbrögð stjórnvalda þegar ágreiningur er um umgengni

Eins og sjá má í kaflanum hér á undan eru nokkrar birtingamyndir af því þegar ekki er staðið við umgengnissamning sem gerður hefur verið á milli foreldra.

Þegar ágreiningur er á milli foreldra um umgengnina og ekki næst samkomulag þurfa þeir að leita til sýslumanns sem tekur ákvörðun um umgengni. Atbeina dómstóla er ekki leitað ef einungis er ágreiningur um umgengni. Ef ágreiningurinn snýst hins vegar um forsjá, lögheimili og umgengni þá geta dómstólar tekið ákvörðun um umgengni.⁶⁸

5.4.5. Sáttameðferð

Líkt og í forsjármálum þurfa foreldrar sem leita til sýslumanns vegna umgengnisdeilna að fara í sáttameðferð, sbr. 33. gr. a. bl. Samkvæmt framangreindu ákvæði er foreldrum skylt að leita sátta áður en krafist er

⁶⁸ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 16-17.

úrskurðar eða höfðað mál er varðar forsjá, lögheimili, umgengni, dagsektir eða aðför. Sýslumaður býður því foreldrum upp á sáttameðferð og náist ekki sátt er gefið út sáttavottorð. Líkt og kom fram í kafla 3 um sögulega þróun íslensks barnaréttar er sáttameðferð nú orðin að skyldu en var áður valkvæð. Ef foreldrar fara ekki í sáttameðferð áður en þeir höfða mál fyrir dómstólum er því vísað frá dómi. Til samhengis má sjá:

Dómur Héraðsdóms Reykjaness frá 19. júní 2013 í máli nr. E-560/2013: Þar deildu foreldrar um forsjá, meðlag og umgengni. Foreldrarnir höfðu ekki farið í sáttameðferð áður en þeir leituðu atbeina dómstóla en fóru á sáttafund hjá sálfræðingi eftir að málið hófst, þann 11. júní 2014. Sáttir náðust ekki en ekki var búið að gefa út sáttavottorð. Málinu var vísað frá dómi ex officio vegna þess að foreldrar höfðu ekki leitað sátta áður en mál hófst, sbr. 1. mgr. 33. gr. a. bl.

5.4.6. Úrskurður sýslumanns og bráðabirgðaúrskurður um umgengni

Óskastaðan væri sú að foreldrar sem ekki búa saman gætu samið sín á milli um það sem við kemur barni og þjónar best hag þess, en því miður er það ekki alltaf svo. Þegar svo ber undir að foreldrar geta ekki samið sín á milli þá er til staðar það úrræði að leita til sýslumanns og þá er það í höndum hans að úrskurða um umgengni. Þegar hér er komið sögu hafa foreldrar undirgengist sáttameðferð, sbr. umfjöllun hér að ofan, og ef ekki næst sátt þá er gefið út sáttavottorð og sýslumaður tekur málið til meðferðar. Sýslumaður tekur ákvörðun út frá því sem er barni fyrir bestu, en til þess að hann geti í raun og veru gert það ber honum að skoða viss atriði er varða barnið og foreldra. Þessi atriði eru þau sömu og í forsjármálum: tengsl barns við báða foreldra, aldur barns, stöðugleiki í lífi barns, búseta foreldra og vilji barns með tilliti til aldurs og þroska, skv. 1. mgr. 47. gr.bl.⁶⁹ Að auki er hægt að skoða barnasáttmálann en hann hefur að geyma viss grunngildi um hvað sé barni fyrir bestu og því vert að hafa hann til hliðsjónar.⁷⁰

⁶⁹ Helga Sigmundsdóttir, Hrefna Friðriksdóttir: „*Jöfn umgengni í framkvæmd*“, bls. 4.

⁷⁰ Hrefna Friðriksdóttir: „*Heimild dómara til að dæma sameiginlega forsjá*“. *Tímarit lögfræðinga* 2011, bls. 279.

6 Réttarstaða barna

Nú hefur verið farið yfir hvað felst í því að fara með forsjá, sem getur verið full forsjá eða sameiginleg forsjá. Þá er einnig búið að kafa djúpt í umgengnishugtakið og hvað felst í umgengni, foreldraskyldum og réttindum barna þegar kemur að umgengni og hvernig málum er hátað þegar ágreiningur er um forsjá og umgengni. Í þessum kafla verður kafað enn dýpra í rétt barna þegar kemur að þeirra vilja í sambandi við forsjá og umgengni.

6.1 Samráðsréttur

Undanfarin ár og áratugi hafa komið inn ákvæði í íslensk lög sem varða skyldu til að hafa samráð við börn og unglunga áður en tekin er ákvörðun í málefnum þeirra. Til hagræðis verður hér eftir vísað til samráðsréttar þegar fjallað er um framangreint. Börn eiga rétt á sinni skoðun, rétt á að tjá sína skoðun og að foreldrar og yfirvöld taki tillit til skoðana þeirra eftir þroska og aldri. Hér á eftir verður farið í einstaka ákvæði sem hafa að geyma samráðsrétt barna.

6.1.1. Barnalög nr. 76/2003

6.1.1.1. Ákvæði 6. mgr. 28. gr. bl.

Í ákvæðinu kemur fram hinn eiginlegi samráðsréttur barna, þar sem foreldrum ber að hafa samráð við barn sitt áður en málefnum þess er ráðið til lykta. Það er í þessu ákvæði, líkt og í öðrum málefnum barnaréttar, tiltekið að þetta fari eftir því sem aldur og þroski barns gefa tilefni til og að afstaða barns skuli fá aukið vægi eftir því sem barnið eldist og þroskast. Ákvæðið er með greinilega tengingu við 12. gr. bs., sem farið verður í hér á eftir.

6.1.1.2. Ákvæði 1. mgr. 43. gr.

Barni sem náð hefur nægilegum þroska skal veittur kostur til að tjá sig um mál er það varða, sbr. 1. mgr. 43. gr. bl. Með ákvæði þessu hefur barn öðlast sinn tjáningarrétt nema telja megi að slíkt geti haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit máls. Hvenær tjáning barns getur haft skaðleg áhrif á barnið getur verið erfitt að meta, og er ekki að finna neitt nýlegt dómafordæmi hér á landi þar sem notast hefur verið við þessa forsendu.

Dómari getur falið sérfróðum manni að kynna sér viðhorf barnsins og gefa skýrslu um þau, samkvæmt ákvæðum 42. gr. Þegar sérfróður maður hefur ekki verið dómkvaddur getur dómari falið sérfræðingi að kynna sér viðhorf barns og gefa skýrslu um það.

6.1.1.3. Ákvæði 3. mgr. 33. gr. a.

Sáttameðferð hefur komið fram víðsvegar í ritgerðinni þar sem foreldrum er skylt að fara í sáttameðferð þegar ágreiningur er um forsjá, umgengni og lögheimili. Markmiðið með sáttameðferð er samkvæmt ákvæðinu að hjálpa foreldrum að finna lausn á málinu og gera sín á milli samning sem er barninu fyrir bestu. Foreldrar eiga að mæta sjálfir á þá fundi sem sáttamaður boðar til.

Þau börn sem hafa nægilegan þroska eiga samkvæmt ákvæðinu rétt á að tjá sig í sáttameðferðinni, nema það geti haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit málsins. Segja má að ef foreldrar fara ekki í sáttameðferð glattist réttur barnsins til að ná að tjá sig við meðferð máls og því þarf vart að undirstrika mikilvægi þess að foreldrar undirgangist sáttameðferð.

6.2 Barnaverndarlög nr. 80/2002

6.2.1. Ákvæði 2. mgr. 46. gr.

Í ákvæðinu er tiltekinn tjáningarréttur barns, í samræmi við aldur þess og þroska, og að auki að taka skuli réttmætt tillit til skoðana þess þegar tekin er ákvörðun um málefni er það varða.

6.2.2. Ákvæði 3. mgr. 25. gr.

Barnavernd getur skv. a- og b- lið 1. mgr. 25. gr. barnaverndarlaga tekið við forsjá, eða umsjá barns, sem og vistað það utan heimilis með samþykki foreldra. Þetta úrræði er notað þegar mikill vandi er fyrir höndum og ekki léttvægt úrræði, sem gefur til kynna að ekki séu öll börn sátt við það þegar þessu úrræði er beitt.

Ef barn er ósátt við þessa niðurstöðu og ráðstöfun skv. a- eða b-lið 1. mgr. er gegn vilja barns sem ekki hefur náð 15 ára aldri skal það fá tækifæri til að tala máli sínu fyrir nefndinni með liðsinni sérstaks talsmanns ef því er að skipta.

6.3 Barnasáttmáli

6.3.1. Í 12. gr. barnasáttmála Sameinuðu

þjóðanna er fjallað um samráðsrétt við börn

Í ákvæðinu segir:

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

Eins og sjá má af ákvæði 1. mgr. 12. gr. Bs er skýrt kveðið á um skyldu aðildarríkja til að tryggja barni sem myndað getur eigin skoðanir rétt til að láta þær frjállega í ljós í þeim málum er það varða. Að auki skal tekið tillit til álits barnsins á málinu í samræmi við aldur þess og þroska. Hér er gerð sú krafa að barni sem getur myndað eigin skoðun sé veittur réttur til að fá rödd sína heyrdá og að tillit sé tekið til skoðana þess í samræmi við aldur og þroska. Þessi regla er ein af fjórum grundvallarreglum barnasáttmálans. Hinar

reglurnar eru; 2. gr. réttur til jafnræðis, 3. gr. ávallt skal gera það sem er barni fyrir bestu og svo 6. gr. sem snýst um rétt barns til að fá að lifa og þroskast.

Þegar 12. gr. er skoðuð betur er ljóst að réttur barns til að tjá sig er ekki einungis bundinn við forsjár- og umgengnismál, heldur á barn að geta látið í ljós skoðanir sínar í „öllum málum sem það varða“. Í 2. mgr. er síðan áréttað að veita skuli barni tækifæri á tjáningu við hverja þá málsmeðferð fyrir dómi eða stjórnvöldum sem barnið varðar.

Barn er sjálfstæður einstaklingur með fullgild mannréttindi og með eigin skoðanir sem bera á virðingu fyrir. Taka skal í hvívetna tillit til þeirra þegar tekin er ákvörðun er varðar málefni barnsins. Barnasáttmálinn skýrir þetta nokkuð vel og er samkvæmt honum skýrt að barn ætti að fá tækifæri til að tjá sig á eigin forsendum. Barnið þarf ekki að hafa skoðun á því hvernig það vill að málefnum sé ráðið til lykta en ákveðin skylda er á yfirvöldum að tryggja að þessi réttur sé ekki brotinn og börn fái sinn tjáningarrétt líkt og fullorðnir.⁷¹

6.3.2. Ákvæði 13. gr.

Tjáningarrétti barna eru gerð enn frekari skil í 13. gr. bs., þar sem kemur fram að barn eigi rétt á að láta í ljós skoðanir sínar. Þetta felur að auki í sér rétt til að leita, taka við og miðla vitneskju og hugmyndum. Þar sem þetta er alþjóðlegur sáttmáli er þetta án tillits til landamæra. Skoðanir barna geta verið á ýmsu formi; munnlegar, skriflegar eða á prenti og í nútímaþjóðfélagi gæti það falið í sér að skoðanir fari að formast á myndbandi.

Það má því sjá að áður en tekin er ákvörðun í málefnum barna er skýrt, samkvæmt íslenskum lögum og alþjóðlegum samningum, að leita þarf samráðs við þau. Umboðsmaður barna gefur vísbendingar í rituðu og mæltu máli um að enn sé töluvert í að tekið sé tillit til vilja barna. Enn fremur má sjá vísbendingar um að viðhorf fullorðinna í forsjár- og umgengnismálum einkennist af þeirra eigin hagsmunum en ekki barnanna.⁷²

⁷¹Þórhildur Líndal: *Barnasáttmálinn*, bls. 27.

⁷²Þórhildur Líndal: *Barnasáttmálinn*, bls. 28.

6.3.2. Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr.

33/1944.

Einn af hornsteinum hvers Lýðræðisþjóðfélags er skoðana- og tjáningarfrelsi sem hér á landi er verndað með 73. gr. stj.skr.

Samkvæmt stjórnarskrá Íslands eru allir frjálsir skoðana sinna og sannfæringar. Hver maður á rétt á að láta í ljós hugsanir sínar. Aldrei má leiða í lög ritskoðun eða aðrar sambærilegar tálmanir á tjáningarfrelsi. Í 1. mgr. ákvæðisins er tekið fram að allir séu frjálsir skoðana sinna og sannfæringar, og því er ljóst að börn falla einnig undir þetta ákvæði.

Með tjáningarfrelsinu eru mikilvægir hagsmunir varðir, sem og þjóðfélagslegir hagsmunir þar sem tjáningarfrelsi er forsenda frjálsrar umræðu og skoðana.

6.4 Hvað vill barnið?

Börn eru óneitanlega háð foreldrum sínum frá unga aldri og allt fram á fullorðinsár, sum jafnvel lengur. Þrátt fyrir að börn séu börn og háð foreldrum sínum geta þau engu að síður haft sjálfstæðar skoðanir um ákvarðanir sem tengjast lífi þeirra. Þá er ekki einungis verið að tala um hvað þau vilji borða eða föt sem þau vilji klæðast, heldur geta börn haft sterkar skoðanir á því hvernig forsjá þeirra, búsetu og/eða umgengni við það foreldri sem það býr ekki hjá er háttáð.

Barn getur haft einbeittan og skýran vilja þegar kemur að því að ákvarða hvernig forsjá og/eða umgengni skuli háttáð. Vilji barnsins getur verið hvort heldur að vera í tengslum við báða foreldra eða að vera ekki í tengslum við annað foreldri, og í einhverjum tilvikum báða foreldra.

Rétt þykir að áréttta hér þær framfarir sem hafa orðið á réttindum barna en eins og kom fram í kafla 3, þar sem fjallað er um sögulega þróun íslensks barnaréttar, en réttur barns til að koma fram skoðunum um eigin vilja var áður fyrr enginn í forsjár- og umgengnismálum þar sem barn taldist vera á foreldravaldi. Staða barna er því gjörólík því sem hún var og skýrist það helst af bættri löggjöf á sviði barnaréttar.

Með gildistöku Barnasáttmálans og núgildandi barnalaga hafa börn eignast sérstök mannréttindi. Því er nú leitast í meira mæli við að fá að heyra vilja barns þegar ágreiningur er um forsjá og umgengni. Vandasamt getur þó verið að meta vilja barns og hvort hann eigi að hafa áhrif á niðurstöðu úrlausnar dómara.

Forsjár- og umgengnismál geta verið uppfull af særindum og það getur verið að barn vilji hvorugt foreldrið særa, en barnið heyrir og veit meira en það gerir sér í raun grein fyrir. Barn getur viljað gera báðum foreldrum sínum til hæfis og þá getur það lokað sig af og sleppt því að segja frá atriðum sem snerta þau til að komast hjá því að þurfa að velja foreldri. Það sem barn segir vera vilja sinn getur verið þvert á raunverulegan vilja þess. Mikilvægt er þó að barn fái sinn tjáningarrétt en gæta þarf þess að láta úrlausn málsins ekki alfarið velta á honum.⁷³

Með ákvæði 1. mgr. 43. gr. bl. er tryggður réttur barns til að skýra frá vilja sínum um málefni sem það varða og var þessi tjáningarréttur barns lögfestur með barnalögum frá 1992. Ákvæðið samræmist 1. mgr. 73. gr. stjkskr. þar sem fram kemur að allir séu frjálsir skoðana sinna og sannfæringar, sem og 2. mgr. sömu greinar, þar sem segir að hver maður eigi rétt á að láta í ljós hugsanir sínar.

Rétt þykir að áréttta að þegar ákvæði 1. mgr. 43. gr. bl. var sett var miðað við 12 ára aldur, en það aldursviðmið var lagt niður með núgildandi barnalögum sem tóku gildi árið 2003 og teljast gríðarlegt fagnaðarefni í réttindabaráttu barna. Í ákvæðinu eru tilgreind þrjú skilyrði sem líta verður til við mat á því hvort horfa eigi til afstöðu barns eða leyfa því að tjá sig um málefnið. Barnið verður að hafa náð nægilegum þroska og það má ekki vera barninu skaðlegt eða þýðingarlaust fyrir úrslit málsins.

6.4.1 Nægilegur þroski barns

Fyrsta skilyrðið sem árétttað er í ákvæðinu er í 1. ml., en það er að barnið hafi náð „*nægilegum þroska*“. Ekki er til nein ein skilgreining á því hvenær barn hefur náð nægilegum þroska til að tjá sig um sín málefni þar sem börn geta alveg myndað sér sínar eigin skoðanir mjög ung, og því er þetta matskennt í hvert sinni.

Vissulega er hægt að nota aldur sem einhvers konar viðmið, t.d. má sjá að fyrst var ekki leitað eftir vilja barna yngri en 12 ára, en núna ræður þroski hvers barns fyrir sig ríkjum og vilji yngri barna er einnig virtur. Börn eru vissulega misjafnlega þroskuð en áhersla er lögð á að tekið sé tillit til skoðana barns sem getur myndað eigin skoðanir.

Í því samhengi þarf að skoða uppruna barns, heilsufar, fötlun, kyn, búsetu o.fl. sem getur skipt máli. Til að mynda getur barn sem alist hefur upp í stórborg litið öðruvísi á hlutina en barn sem alist hefur upp í sveit, þar sem skilyrðin eru ólík. Ung börn hafa ekki upplifað jafn mikið og unglingar og

⁷³ Sigríður Ingvarsdóttir: „*Gagnaöflun í forsjármálum*“. Reykjavík. 1996. bls. 47-48.

Því mynda ung börn sér ekki sömu skoðanir og unglingar. Þá geta verið mismunandi viðhorf hjá stúlkum og drengjum. Þó eiga börn og unglingar það sameiginlegt að tjáning þeirra er ekki sú sama og hjá fullorðnum.⁷⁴

Matskennt er hvenær barn hefur náð nægilegum þroska til að tekið sé tillit til vilja þess, en meira tillit er tekið til vilja barna eftir því sem þau eru eldri. Eftir því sem barn eldist þroskast það og byrjar að móta með sér tilfinningalega og vitsmunalega getu til að forma sína eigin skoðun. Þá tekur barnið meiri afstöðu sem hefur samtímis þau áhrif að barnið fer að tjá sinn eigin vilja.

Mikið er talað um að eldri börn tjái sínar skoðanir, en ung börn geta þó vel byrjað að forma sínar skoðanir á því hvar þau vilji vera og hvernig þau vilji hafa hlutina og geta verið mjög skýr með það.⁷⁵

6.4.2. Skaðleg áhrif

Annað skilyrðið sem kemur fram í 1. mgr. 43. gr. bl er að ef það hefur skaðleg áhrif á barn þá á ekki að leita eftir afstöðu þess. Tvær af meginreglum barnaréttar eru að alltaf skuli hafa hagsmuni barns að leiðarljósi, skv. 1. mgr. 3. gr. bs., og að leitast skuli við að kanna vilja barns, sbr. 1. mgr. 43. gr. bl.

Óljóst getur verið hvenær tjáning barns vegna eigin hagsmuna getur talist skaðleg fyrir barnið, en hafa verður í huga að þetta geta verið íþyngjandi viðtöl fyrir það. Ekki er að finna neina skilgreiningu á því í lögum eða lögskýringargögnum hvað felst í tjáningunni sem getur verið skaðlegt fyrir barnið.

Þrætuefni foreldra í forsjár- og umgengnismálum geta verið af ólíkum toga og alvarleiki þeirra mismunandi. Barn sem upplifað hefur heimilisofbeldi gæti átt erfitt með að tjá sig um það og rifja það upp. Börn sem eru í miðri deilu foreldra geta fundið fyrir því að þau þurfi að velja á milli og það er mikilvægt að gæta þess að ekki sé lögð of mikil ábyrgð á barnið í málinu. Börn sem upplifa þetta geta farið að tjá vilja sem er í andstöðu við hagsmuni sína. Því verður niðurstaða máls varðandi barnið að vera tekin eftir því sem dómari telur barninu fyrir bestu og því ekki eingöngu á vilja barns.⁷⁶ Ekki er að finna nein nýleg dómafordæmi um það að ekki hafi verið tekið mið af vilja barnsins vegna þess að það gæti haft skaðleg áhrif á það. Hins vegar fannst einn dómur þar sem ekki var leitast eftir vilja barns í máli er það varðaði og verður hann reifaður hér.

⁷⁴ Þórhildur Línadal: *Barnasáttmálinn*, bls. 27.

⁷⁵ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 162.

⁷⁶ Sigríður Ingvarsdóttir: „*Gagnaöflun í forsjármálum*“, bls. 68.

Landsréttarmál nr. 619/2018: Móðir og faðir höfðu ekki verið í sambandi og bjó móðir erlendis með barnið fyrst um sinn en kom aftur til Íslands þegar barnið var um 4 ½ árs, og mun þá umgengni hafa hafist. Öregla varð síðan á umgengni og óskaði faðir eftir álagningu dagsektar árið 2016. Miklar tálmanir héldu áfram og virðist sem móðir hafi gert ítrekað í því að umgengni næði ekki fram að ganga. Þegar faðir átti að sækja barnið í skóla var það annað hvort veikt eða í leyfi og þá varð ekki af umgengni. Í þinghaldi upplýsti dómari móður og föður um að hann hefði í hyggju að ræða við barnið ásamt sérfræðingi áður en aðalmeðferð færi fram. Lögmaður móður sagðist hafa upplýsingar um að móðir og barn hefðu flutt erlendis en lögmaður hafði ekki frekari upplýsingar. Í ljósi þeirra upplýsinga upplýsti dómari málsaðila um að ekki yrði af fyrirhuguðu samtali dómara og sérfræðings við barnið. Í málatilbúnaði móður kom síðan fram að henni þætti bagalegt að stjórnvöld hafi látið hjá líða að kanna afstöðu barnsins, auk þess sem dómari hefði getað falið sérfróðum aðila að kanna afstöðu þess.

Hér er um að ræða ítrekaðar tálmanir móður á umgengni barns við föður, sem ná yfir nokkurra ára skeið. Móðir flutti erlendis með barnið og á meðan hélt faðir uppi umgengni í gegnum fjarskiptaforrit. Strax og móðir og barn komu aftur til Íslands óskaði faðir eftir umgengni að nýju. Móðir hóf aftur að koma í veg fyrir umgengni, með því að skrá barnið veikt eða í leyfi í skóla þegar faðir átti að sækja það. Í eitt sinni mætti hún á sama tíma og faðir á að sækja barnið í skólann og barnið fer að gráta. Móðirina sagði þá barninu að hlaupa í burtu og það urðu handalögmál á milli aðila sem voru með föður og móður. Að mati höfundar var hér um að ræða eindreginn ásetning móður til að hindra að umgengni næði fram að ganga. Niðurstaða dómsins var sú að föður væri heimilt með beinni aðfarargerð að fá stúlkuna tekna úr umráðum móður þannig að umgengni næði fram að ganga.

6.4.3. Þýðingarlaust

Tjáningarréttur barns er mikilvægur en í einhverjum tilvikum getur það talist þýðingarlaust fyrir úrslit máls að barn tjái sig og þá er því ekki leyft það. Erfitt getur verið að meta hvenær tjáning barns getur verið þýðingarlaus fyrir barn, þar sem það er réttur barns að vera undir forsjá og réttur barns að njóta umgengni en svo hafa foreldrar jafnframt sínar forsjár- og foreldraskyldur.

Þetta gæti hugsanlega átt við í þeim málum þar sem niðurstaða er augljós án þess að barn tjái sig, t.d. þegar foreldri er óhæft til að fara með forsjá barns.⁷⁷

⁷⁷ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 163.

7 Dómar Hæstaréttar og Landsréttar með tilliti til vilja barns frá 2010-2020

Fjöldi dóma hefur fallið bæði fyrir héraði, Landsrétti og í Hæstarétti þar sem fjallað er um vilja barns og verður hér farið yfir einstaka dóma sem stóðu upp úr að mati höfundar.

Hrd. nr. 350/2010: Hér er áralöng forsjárdeila foreldra sem á upphaf sitt árið 2002. Báðir aðilar voru samkvæmt matsmönnum hæfir til að fara með forsjá barnanna þriggja. Móðir hafði hins vegar um árabíl tálmað umgengni föður við börnin. Faðirinn hafði þá á móti ítrekað beitt ítrustu úrræðum laga til að fylgja eftir umgengni með valdbeitingu. Eindreginn vilji eldri barnanna var að lúta áfram forsjá móður og ekki var að mati dómskvadds matsmanns unnt að skipta systkinunum upp. Því komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að móðirin skyldi fara áfram með forsjá barnanna.

Í niðurstöðu dómsins er að finna mjög athyglisvert orðalag um réttindi og skyldur foreldra við þessar aðstæður, en þar segir: „Allt frá því að langvinnar deilur aðilanna komu fyrst til kasta dómstóla hafa sérfræðingar, sem að málum þeirra hafa komi, lýst þeirri afstöðu að þau séu bæði vel hæf til að fara með forsjá dætra sinna. Leggja verður þetta til grundvallar þótt hæfni þeirra beggja til forsjár sé bersýnilega háð annmörkum að því leyti sem annars vegar móðir hefur um árabíl lagt tálmanir við því að dætur aðilanna umgangist föður og hins vegar sá síðarnefndi fengið endurtekið beitt ítrustu úrræðum laga til fylgja eftir umgengni með valdbeitingu, en ljóst má vera að aðilarnir hafa með þessu bæði sýnt af sér fádæma skeytingarleysi um velferð barna sinna í stað þess að setja í þágu þeirra til hliðar ágreining sín á milli.“ Í málinu var óumdeilt að börn höfðu ekki farið til föður síns en undir rekstri málsins kom fram eindreginn vilji barnanna til að búa hjá móður og að móðir færi með forsjá þeirra. Í skýrslu matsmanns kom fram að tengsl dætra við föður væru neikvæð og það færi vaxandi. Þá kom fram að dæturnar hefðu greint frá því, m.a. í samtali við dómendur, að faðir þeirra hefði verið vondur við þær. Dómendur mátu það á þann hátt að frásögn þeirra hefði ekki gefið tilefni til að ætla að faðir þeirra hefði misboðið þeim á einhvern hátt. Merkilegt er að sjá að í þessu máli er börnunum einfaldlega ekki trúað, þar sem þau segja frá ofbeldi en dómendur meta það að ekki hafi neitt slíkt átt sér stað. Það virðist vera meira lagt upp úr því að saka móður um að tala niður til

föður fyrir framan börnin sem skapi neikvæða afstöðu þeirra til föður, en ekki því að faðir eigi hugsanlega erfitt með skap sitt. Þetta kemur síðan bersýnilega í ljós með sérákvæði Margrétar Halldórsdóttur með niðurstöðu dómsins en þar sagði hún: „móðir hefur lagt meira upp úr því að fara eftir vilja barna sinna í gegnum árin en að hlýða þeim skyldum sem hún hefur sem forsjáraðili og móðir“.

Hrd. nr. 593/2015: Hér deila foreldrar um forsjá og umgengni tveggja barna sinna. Foreldrar hófu sambúð rétt fyrir árið 2000 og eiga samtals þrjú börn saman. Þau slitu samvistum árið 2007. Samkvæmt matsgerð eru báðir foreldrar hæfir til að fara með forsjá og skapa börnunum viðunandi uppeldisskilyrði. Við upphaf málsmeðferðar tjáðu börnin sig um málefni sín hjá dómsformanni, þ.e.a.s. A og B tjáðu sig en C vildi ekki tjá sig. Dómari var með sér til aðstoðar sálfræðinginn dr. G. Margir sáttafundir voru haldnir í kjölfarið og að endingu náðist sátt um stúlkuna C og var farið að vilja hennar um að hún myndi áfram eiga lögheimili hjá móður, og kveðið á um umgengni hennar við föður. Varðandi hin börnin var það niðurstaða dómsins að þau ættu að búa áfram hjá föður sínum þar sem þau hefðu búið frá 2014. Þá var eindreginn vilji barnanna tekinn til greina, en þau vildu bæði búa áfram á sama stað.

Hér er um að ræða þrjú börn sem höfðu skýrar hugmyndir um hvað þau vildu. Stúlkan sem kölluð er C vildi búa hjá móður sinni og haldnir voru sáttafundir þar sem lausnin varð að endingu að hún skyldi lúta forsjá móður sinnar. Hin börnin tvö voru nátengd og talið var farsælast að þau yrðu með sama lögheimili og þeim ekki skipt upp. Það kom fram undir rekstri málsins að A og B hefðu eindreginn vilja til að búa á sama stað og því fékk faðir forsjá þeirra. Í þessu máli var horft á vilja barna og úrskurðað samkvæmt honum.

Hrd. nr. 514/2017: Foreldrar deildu um forsjá dóttur sinnar. Undir rekstri málsins kom fram að forsjárhæfni foreldra til að sinna grunnþörfum hennar væri jöfn. Skóli og barnavernd höfðu haft mikil afskipti af stúlkunni þar sem hún sagði móður sína vera vonda við sig. Stúlkan tengdist föður betur og virtist hrædd við móðurina. Samkvæmt yfirmati voru báðir foreldrar hæfir til að fara með forsjá en faðir þó hæfari til að sinna tilfinningalegum og félagslegum þörfum stúlkunnar. Faðir hafði ávallt verið sá sem sinnti læknavitjunum og tannlæknaheimsóknum stúlkunnar. Vilji stúlkunnar kom skýrt fram, hún vildi búa hjá föður sínum en vera hjá foreldrum sínum til jafns. Samkvæmt dómkvöddum

matsmanni var stúlkan ung en þrátt fyrir það hún þroskuð og mikilvægt að hlustað yrði á rödd hennar. Niðurstaða Hæstaréttar var sú að foreldrar færu áfram sameiginlega með forsjá en lögheimili stúlkunnar var fært til föður.

Heimild til að dæma sameiginlega forsjá er hér áréttuð þvert á vilja barns og þrátt fyrir að hæfni móður sé talið verulega ábótavant. Hér er um að ræða enn eitt málið þar sem léttum höndum er farið með foreldra sem beita ofbeldi, hvort sem það er líkamlegt eða andlegt. Undir rekstri málsins segir móðir að stúlkan gæti eins hætt að eiga heimili hjá sér ef forræðið yrði sameiginlegt. Móðir kemur með þetta orðalag og löggjafinn bregst við með að hafa sameiginlega forsjá.

Landsréttarmál nr. 58/2019: Systkini voru vistuð utan heimilis á vegum barnaverndarnefndar (hér eftir bvn). Hafnarfjarðarkaupstaður fór fyrir hönd bvn með málið fyrir dóm og krafðist þess að foreldrar barnanna yrðu sviptir forsjá þeirra. Málavextir voru þeir að bvn hafði borist tilkynning þess efnis að faðir hefði haft í frammi háttsemi gagnvart öðru barninu sem svaraði til kynferðislegrar misnotkunar. Faðirinn var handtekinn og úrskurðaður í gæsluvarðhald. Í framhaldi af því var ákveðið í samráði við móður að börnin skyldu vistuð tímabundið utan heimilis. Það átti að gilda þar til í desember 2015, en þegar málið kom upp hafði móðir verið lögð inn á sjúkrahús. Þegar bvn fór á heimili þeirra voru börnin illa hirt og mikil óreiða á heimilinu. Á meðan börnin voru vistuð utan heimilis var að sjá merkjanlegar framfarir á þeim og einnig sýndu þau merki um betri líðan í skóla og leikskóla. Börnin fluttu síðan heim til móður þar sem faðir hafði flutt af heimilinu og áætlun var gerð um frekari meðferð málsins. Af hálfu bvn var helst lögð áhersla á að börnin, og þá einna helst stúlkan, myndu ekki umgangast föður sinn, sér í lagi á meðan rannsókn málsins væri í gangi. Héraðsdómur féllst á kröfu bvn um að svipta foreldra forsjá barnanna. Landsréttur var ekki á sama máli og sneri við niðurstöðu héraðsdóms og fengu foreldrarnir aftur forsjá barnanna tveggja.

Áhugavert orðalag er að finna í niðurstöðu Landsréttar en þar er sagt „Litið var til þess að samkvæmt gögnum málsins var vilji barnanna misvísandi eftir því hvenær frásögnin fór fram og hver tók við henni. Einnig var horft til þess að börnin voru ung og höfðu verið í takmarkaðri umgengni við foreldra og þurftu því að fara gætilega þegar vilja barnanna væri gefið vægi í málinu.“ Um það segir í dómnum;

„Við mat á því hversu mikið vægi meintum vilja barnanna verði gefið í málinu þarf að hafa í huga að börnin hafa verið vistuð lengi utan heimilis. Umgengni þeirra við móður hefur verið afar takmörkuð og við föður nánast engin. Þá verður að meta hvort þau hafi aldur og þroska til að skilja langvarandi og viðtækar afleiðingar þess að verða varanlega tekin úr forsjá foreldra sinna. Enn fremur þarf að huga að því hvernig meintur vilji barnanna hafi myndast. Ætla má að hann hafi mótast að einhverju marki af því að umgengni hefur lengst af farið fram undir eftirliti sem kann að hafa átt þátt í að móta þann skilning þeirra að þeim sé ekki óhætt í umsjá móður sinnar án þess að utanaðkomandi aðili sé viðstaddur. Að framangreindu virtu getur vilji barnanna ekki ráðið úrslitum í málinu.“

Áfrýjunarleyfi fékkst hjá Hæstarétti Íslands þar sem talið var að málið hefði verulegt gildi fyrir réttindi barna, með tilliti til vilja barns og hversu mikið hann ætti að vege í málum er varða þau. Niðurstaða Hæstaréttar var að ljóst væri að í málinu kæmu fram gögn sem lýstu líðan barnanna, þroska og heilsu. Að mati dómsins kom skýrt fram í gögnum að börnin hefðu reglulega lýst vilja sínum um málefni sín, þar á meðal um búsetu og umgengni við foreldra sína. Var það því mat Hæstaréttar að það yrði með engum hætti dregin önnur ályktun en að börnin hefðu við alla meðferð málsins verið afdráttarlaus um að þau vildu ekkert samneyti eiga við föður sinn. Gögn málsins bera það með sér að þau óttist föðurinn og var það álit dómkvadds matsmanns að sá ótti væri þeim raunverulegur. Jafnframt höfðu börnin allan þann tíma sem þau bjuggu hjá fósturforeldrum lýst þeirri afstöðu sinni að þar liði þeim vel og þau vildu búa þar áfram. Má því segja að með þessum dómi sé skýrt að börn eiga ekki einungis rétt á að því að fá að tjá sig í þeim málum er þau varða, heldur ber að taka réttmætt tillit til sjónarmiða þeirra.

Hrd. nr. 356/2020: Foreldrar voru í sambúð frá árinu 2015 og lauk henni árið 2017. Dóttirin var til skiptis hjá foreldrum 2-3 daga í senn. Fram kemur í gögnum máls að móðir hafi tilkynnt til bvn að hún grunaði föður um kynferðisbrot gagnvart dóttur þeirra. Hún lagði síðan fram kæru í október 2018 vegna þessa og var faðir handtekinn og gerð húsleit hjá honum. Þann 21. febrúar 2019 var föður tilkynnt að rannsókn málsins væri hætt, þar sem ekki var talinn grundvöllur fyrir áframhaldandi rannsókn. Á meðan rannsókn málsins fór fram hélt faðir sig til hlés með umgengni. Umgengni föður við barn hafði því verið takmörkuð, vegna ásakana og afstöðu móður til umgengni. Móðir var þess fullviss að faðir hefði

brotið gegn barninu. Tvö dómstig höfðu úrskurðað um umgengni föður við barnið en móðir kaus að fara ekki eftir því og lét í ljós í málaferlum að hún hefði ekki sérstakan hug á að stuðla að umgengni, nema ef hún yrði undir eftirliti. Matsmaður í héraðsdómi taldi það mjög mikilvægt að eðlileg umgengni barns við föður kæmist á sem fyrst, þar sem réttur barns er að umgangast föður sinn, systur og aðra nána ættingja. Þegar litið var á hvor aðili myndi stuðla að umgengni var það álit matsmanns að það væri faðir sem væri líklegri til þess. Niðurstaða héraðsdóms var því sú að faðir skyldi fara einn með forsjá barns. Síðan skyldi aðlögunarferli fara af stað með umgengni barns við föður sinn, fyrst í átta klukkutíma. Annað skiptið skyldi fara fram hálfum mánuði seinna í tæpan sólarhring, síðan lengjast aftur hálfum mánuði síðar og áfram þar til jafnri umgengni yrði náð. Móðir áfrýjaði til Landsréttar, sem komst að þeirri niðurstöðu að móðir skyldi fara ein með forsjá barns og að umgengni skyldi fara fram undir eftirliti. Litið var til þess að tengslarof hefðu orðið á milli barns og föður þegar umgengni lá niðri og faðir hefði verið í takmörkuðum samskiptum við barn í um tvö ár og að of erfitt myndi reynast barninu að mynda tengsl við föður sinn.

Jóhannes Sigurðsson skilaði sératkvæði þar sem hann segir. „Fyrir liggur að móðirin hefur lýst því yfir, meðal annars fyrir Landsrétti, og sýnt það í verki að hún er ekki líkleg til þess að fara eftir fyrirmælum yfirvalda eða dómstóla um umgengni barnsins við föður. Með niðurstöðu meirihluta dómenda er móður gefið tækifæri til að breyta afstöðu sinni og tryggja rétt barnsins til eðlilegrar umgengni við föður og fjölskyldu hans.“

Undir rekstri þessa máls kom fram skýrsla lögreglu þar sem faðir lýsti sig úrræðalausán gagnavart uppeldi barnsins. Hann lýsti yfir reiði sinni í garð barnsins og að stúlkann myndi sækja mun meira í að vera hjá móður en föður, og sagði að vilji stúlkunnar væri í raun að vera hjá móður. Þrátt fyrir þessar yfirlýsingar fór faðirinn fram á að fara með forsjá barnsins sem að mati höfundar skerðir forsjárhæfni hans. Hann veit hug barnsins en vill samt sem áður ganga þvert á vilja þess, auk þess sem hann lýsir því yfir að hann finni til reiði gagnvart barninu og sé úrræðalaus í uppeldi þess. Niðurstaða héraðsdóms er að faðir skuli fara einn með forsjá barns en umgengni skuli vera rífleg og byrja eigi hana á aðlögunarferli og hún síðan stigmagnast eftir því sem fram líða stundir. Landsréttur sneri þessari niðurstöðu við þar sem ljóst þótti að tengslarof hefðu orðið á milli barns og föður þegar meint

kynferðisbrot var í rannsókn. Móðir fékk því forsjá og úrskurðað var um umgengni undir eftirliti.

8 Samanburður við önnur lönd

Íslenskt réttarkerfi er að mörgu leyti unnið í samvinnu við önnur Norðurlönd. Það sem sérfræðingar á Norðurlöndunum eru sammála um er hversu mikilvægt það sé að börn fái tækifæri til að tjá skoðanir sínar og afstöðu í forsjár- og umgengnisdeilum forsjáraðila þeirra, sem og að þessi réttur sé lögbundinn. Markmið í norrænum rétti er almennt það að tryggja börnum rétt til að þekkja og umgangast báða foreldra sína. Á undanförunum árum hefur farið fram endurskoðun á ákvæðum barnalaga í norrænum rétti. Hún hefur einna helst miðað að því að skoða samband foreldra og barna og hvaða reglur séu vænlegastar til að þjóna hagsmunum barnsins sem best. Í því samhengi má nefna lögfestingu á þeim sjónarmiðum sem ber að líta til þegar metið er hvað sé barni fyrir bestu þegar tekin er ákvörðun um umgengni.⁷⁸ Þegar litið er til tjáningarréttar barna í forsjár- og umgengnismálum sjást líkindi á milli Íslands, Noregs, Svíþjóðar og Danmerkur. Hér á eftir verður farið yfir einstaka ákvæði sem taka á tjáningarrétti og vilja barna í forsjár- og umgengnismálum.

8.1 Danmörk

Kveðið er á um skyldu til að kanna viðhorf barns áður en málefnum þess er ráðið til lykta, skv. 1. mgr. 34. gr. dönsku laganna um forsjá foreldra (*d. forældreansvarsloven nr. 499/2007*). Tekið er fram að barn skuli fá að vera þáttakandi í málum er varða forsjá þess, lögheimili og umgengni. Þetta er hægt að gera með samtölum við barnið, með sérstökum prófum fyrir börn eða einhverju sem lýst getur sjónarmiðum barnsins. Þetta skal gert nema það geti haft skaðleg áhrif á barnið eða sé þýðingarlaust fyrir úrslit máls, sbr. 2. mgr. 34. gr. laganna. Í ákvæði 5. gr. sömu laga er tiltekin skyldan til að taka tillit til sjónarmiða barns í öllum málefnum þess. Þá getur barn sem náð hefur 10 ára aldri óskað eftir því að foreldrar þess séu boðaðir á fund vegna forsjár, lögheimilis og umgengni.

⁷⁸ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, bls. 24.

8.2 Noregur

Kveðið er á um rétt barns til að tjá sig áður en málefnum þess er ráðið til lykta í 31. gr. laga um börn og foreldra (n. Lov om barn og foreldre, nr. 7/1981). Í 1. mgr. ákvæðisins er kveðið á um hinn almenna tjáningarrétt barnsins; að barn hafi rétt til að tjá sig í öllum málum er það varða, með tilliti til aldurs og þroska. Barnið hefur rétt til að tjá sig um hjá hvoru foreldrinu það vill hafa lögheimili sitt, skv. 2. mgr. Tekið er fram að barn sem hefur náð 7 ára aldri, og jafnvel yngri börn sem hafa þroska til, skuli fá tækifæri til að koma sjónarmiðum sínum á framfæri áður en persónulegum málefnum þeirra er ráðið til lykta. Með hækkandi aldri skal álit barnsins hafa sífellt meira vægi og við 12 ára aldur skal það hafa töluvert vægi, sbr. 2. mgr. 31. gr. barnelova.

Þegar lögin voru sett var tekin ákvörðun um að setja inn aldursviðmiðið 7 ára þar sem börnum er tryggður réttur til tjáningar. Fram kom í athugasemdum með frumvarpi til laganna að þetta væri talið vænlegra en að setja engin aldursviðmið og láta það ráðast af mati hverju sinni. Lögð er áhersla á að barnið sé ekki skyldugt til að tjá sig, heldur skuli veita því tækifæri til tjáningar. Þó að barn hafi ekki endilega skoðun á því hvernig málinu verði ráðið til lykta getur það búið yfir mikilvægum upplýsingum um hvernig því líður í ákveðnum kringumstæðum. Barnið getur einnig gert því góð skil hvernig tengsl þess við foreldra sína eru. Þá skal alltaf reyna að koma í veg fyrir að barninu líði eins og það sé að velja á milli föður og móður.⁷⁹ Réttur barns til að taka eigin ákvörðun er verndaður skv. 1. mgr. 33. gr. laganna og skulu foreldrar stöðugt auka rétt barnsins til að taka eigin ákvarðanir eftir því sem barnið eldist, allt þar til það nær 18 ára aldri.

8.3 Svíþjóð

Tjáningarréttur barns er reifaður í sænsku foreldralögunum (s. föleldrabalken nr. 381/1949). Skv. a-lið 2. gr. laganna skal, þegar tekin er ákvörðun um forsjá, lögheimili og umgengni barns, ávallt hafa það að leiðarljósi sem er barninu fyrir bestu. Skal vilji barns fá aukið vægi miðað við aldur þess og þroska. Upptalning er í ákvæðinu á því hvaða atriða skal líta til þegar kannað er hvað sé barni fyrir bestu og að lokum er kveðið á um að taka skuli mið af vilja barnsins þegar tekin er ákvörðun um málefni þess. Sænsku lögin taka á því að þegar metið sé hvað sé barni fyrir bestu eigi að meta þörf barnsins fyrir nán og góð samskipti við foreldra sína, sbr. 2. mgr. 2. gr. a. 6. kafla

⁷⁹ Svend Danielsen: *Nordisk børneret II*, bls. 282-283.

sænsku laganna. Skv. 11. gr. laganna í kafla 6., (*Parental Code (1949:381)*) hefur forsjármaður barns rétt og skyldu til að taka ákvörðun sem varðar persónuleg málefni barnsins, en eftir því sem barnið eldist á forsjármaður að taka meira tillit til sjónarmiða þess. Í Svíþjóð er meginreglan sú að ávallt skuli hafa hagsmuni barnsins að leiðarljósi, þegar málefni barna eru fyrir dómstólum, og taka mið af vilja barnsins með tilliti til aldurs þess og þroska, sbr. 1. mgr. laganna. Réttur barns til að umgangast báða foreldra sína er sterkur í Svíþjóð en þrátt fyrir það getur verið þarft að takmarka réttinn. Þetta getur verið vegna réttar barnsins til verndar gegn ofbeldi og annarri vanvirðandi háttsemi. Ef upp koma upplýsingar um ofbeldi í málum er varða börn þarf að athuga hvað sé að baki upplýsingunum og meta hvort hætta sé á að barnið verði fyrir ofbeldi. Eigi upplýsingarnar sér stoð og hugsanlegt sé að barnið geti orðið fyrir ofbeldi verður það að vega þungt þegar tekin er ákvörðun er varðar það. Ef barnið eða einhver annar í fjölskyldunni hefur orðið fyrir ofbeldi af hálfu foreldris er líklegt að umgengni verði hafnað eða hún undir eftirliti og forsjá yrði hjá hinu foreldrinu.⁸⁰

⁸⁰ Gösta Walin og Staffan Vängby: *Föräldrabalken*, bls. 6:19.

Samantekt

Ljóst er að lög Norðurlandanna eru mjög lík þegar kemur að réttindum barna og íslenskur barnaréttur hefur þróast samhliða norrænni löggjöf. Það er sammerkt með Norðurlöndunum að hagsmunir barnsins, eða það sem er því fyrir bestu, skuli ávallt vera hafðir að leiðarljósi. Alltaf skal barnið vera aðalmálið þegar ákvarðanir eru teknar varðandi það og ef einhver ágreiningur er á milli foreldra skal reyna að gæta þess að barnið verði fyrir sem minnstum skaða. Réttur barns sem einstaklings skal virtur og með hækkandi aldri á barnið að fá aukinn ákvörðunarrétt.⁸¹

Rétt barna til að tjá sig er að finna á öllum Norðurlöndunum, en þó virðist hann misjafnlega skýr. Til að mynda er nokkuð skýrt tekið á tjáningarrétti barna í norsku lögunum, sem ganga reyndar lengra en lög hinna landanna þar sem í þeim eru tvö aldursviðmið. Þar er 7 ára aldurinn talinn yngsta viðmið, en ef börn eru vel þroskuð yngri en 7 ára þá er það matskennt hvort þau fái að tjá sig við málsmeðferð. Við 12 ára aldurinn er skýrt að vilji barns á að hafa verulegt vægi í málefnum er varða það.

Það virðist sem í Svíþjóð sé réttur barns til að tjá sig ekki jafn skýr og hjá hinum Norðurlöndunum. Hann er til staðar, en ekki lögð jafn mikil áhersla á hann. Ekki er kveðið á um nein sérstök aldursmörk heldur á að taka tillit til aldurs og þroska barns. Í Danmörku er ákvæði þar sem kemur fram að ræða skuli við barn og kanna viðhorf þess áður en ákvörðun er tekin um málefni þess. Að auki geta börn sem náð hafa 10 ára aldri óskað eftir að málefni er varða forsjá, lögheimili og umgengni séu tekin upp á fundi fyrir sérstakri nefnd sem úrskurðar í málum af þessu tagi.

Í Svíþjóð, Íslandi og Danmörku kemur skýrt fram að ekki skuli leita eftir afstöðu barns til málefna er það varða teljist það hafa skaðleg áhrif á barnið eða sé talið þýðingarlaust fyrir úrslit máls. Það er ekki talað um þetta í norskum lögum, heldur virðist ávallt eiga að leita eftir afstöðu barns. Því má segja að Noregur standi nokkuð framarlega með tilliti til vilja barna, miðað við hin Norðurlöndin.

⁸¹ Svend Danielsen: *børneret*, bls. 40.

Niðurstöður

Þegar höfundur lagði af stað í rannsóknarvinnu var markmiðið að leiða í ljós hvort tekið væri tillit til vilja barna samkvæmt íslenskum rétti, í málum er þau varða. Rauði þráðurinn í gegnum ritgerðina er réttur barna og virðing fyrir sjónarmiðum þeirra. Farið var yfir þróun íslensks barnaréttar með tilliti til vilja og tjáningarréttar barna.

Umfangsmikil þróun hefur orðið á réttindum barna en það er eins með það og allt annað - „það er alltaf hægt að gera betur“. Þó er vert að undirstrika þær mikilvægu breytingar sem hafa orðið. Til að mynda var árið 1921 talið að börn væru án sjálfstæðs réttar og lutu þau þá svokölluðu foreldravaldi, en með því var áskilið að foreldrum væri frjálst að beita börn valdi til að fá þau til að hlýða. Þetta vald var afnumið árið 1981, ásamt hugtakinu forræði, og forsjá tók við. Merkilegt er þó að í daglegu tali er enn mikið talað um forræði og má sjá það víða. Að mati höfundar þarf að afnema það enn frekar og ítreka notkun á hugtakinu forsjá.

Tjáningarréttur barna var lögfestur árið 1992 og börn sem náð höfðu 12 ára aldri fengu rétt til að tjá vilja sinn í forsjár- og umgengismálum. Aldurstakmarkið var svo afnumið árið 2003 og börnum sem höfðu þroska til veittur réttur til að tjá sig í þessum málum. Sáttameðferð leit dagsins ljós með breytingum á barnalögum árið 2001 og var foreldrum og börnum boðið upp á slíka meðferð í forsjár- og umgengismálum. Sáttameðferð var síðan gerð að skyldu með breytingarlögum árið 2012. Ísland hefur einnig gerst aðili að tveimur mikilvægum alþjóðlegum sáttmálum sem hafa að geyma réttarstöðu barna, eins og skoðað var í byrjun ritgerðarinnar.

Ljóst er af þeim breytingum sem gerðar hafa verið á réttarstöðu barna að áhugi á vilja og tjáningu barna hefur aukist til muna. Ekki er þó hægt að horfa einvörðungu til vilja barns, þar sem einnig þarf á líta til þess sem barninu er fyrir bestu. Skýrt er í íslenskum lögum að ávallt á að kanna vilja barna og virða hann, ásamt þeim sjónarmiðum sem þau hafa. Á því eru þó undantekningar í þeim tilfellum þar sem tjáning barns getur hugsanlega haft skaðleg áhrif á það eða hún er þýðingarlaus fyrir úrslit máls. Ekki var þó hægt að finna nýleg dómfordæmi þar sem ekki var kannaður vilji barns vegna þess að hann gæti haft skaðleg áhrif á barnið. Það virðist sem vilji barns sé kannaður ef barn hefur þroska til, en það sem verra er að svo virðist sem hann sé ekki alltaf virtur.

Í dómaframkvæmd má til að mynda sjá dæmi þess að ef barn hefur sýnt skýran vilja til að vera ekki í umgengni við umgengnisforeldri, þá hefur engu að síður verið dæmt um umgengni og inntak umgenginnar. Á hinn bóginn er

er það svo þannig að engin úrræði eru til þegar barn vill umgengni en umgengnisforeldri ekki, enda ekki talið að það sé barninu fyrir bestu að umgengnisforeldri sé þvingað til að umgangast það. Að mati höfundar gæti allt eins átt að fara fram aðlögunarferli til að knýja foreldri til umgengni, rétt eins og þegar barn sem ekki vill umgengni er þvingað til hennar.

Horft hefur verið til þess að skoðanir barna mótist af skoðunum foreldra þeirra, þar sem þau séu ómótaðir einstaklingar. Börn bera traust til foreldra sinna og vilja þóknast þeim og við málsmeðferð eiga börn það til að halda fram málsstað annars foreldris síns sem sínum vilja. Hvenær það er raunin getur hins vegar verið erfitt að meta.

Það sem sló höfund hvað mest í rannsóknarvinnu fyrir ritgerðina er hversu mjúkum höndum er farið um það þegar börn hafa verið beitt ofbeldi á heimili. Það virðist sem löggjafinn sé ennþá með árið 1921 í huga þegar leyfilegt var að beita börn valdi til að láta þau hlýða. Sem dæmi um slíkt má til að mynda sjá Hrd. nr. 687/2013 þar sem fram kemur að: „*stelpan upplífi ástríki frá móður en einnig hörku, s.s. að vera skömmuð með öskrum eða rassskellt í eitt skipti.*” Að auki kemur fram að þessi öskur sem stúlkan verði fyrir hafi ekki sett mark sitt á stúlkuna sem sé sjálfsörugg og í góðu jafnvægi. Að mati höfundar er ljóst að þessar uppeldisaðferðir eru ekki í takt við nútímann. Þá var móður einnig falin forsjá barns í Hrd. nr. 1/2013, þrátt fyrir að hún hefði viðurkennt fyrir dóminum að hafa flengt barnið og sápuþvegið munn þess.

Í máli Landsréttar nr. 17/2019 sem reifað er í kafla 4.5.9. er skýrt frá því að faðir hafi beitt börnin ofbeldi, drekki mikið og sé orðljótur, en þrátt fyrir það voru börnin þvinguð til umgengni við hann.

Í málum þar sem börn höfðu verið beitt ofbeldi var skýrt að þau höfðu flest lítinn sem engan vilja til að umgangast þann sem beitti ofbeldinu, en voru þrátt fyrir það úrskurðuð í umgengni við aðilann á grundvelli 1. mgr. 46. gr. bl. Skv. ákvæðinu á barn rétt á að umgangast með reglubundnum hætti það foreldra sinna sem það býr ekki hjá, enda sé það ekki andstætt hagsmunum þess. Ofbeldi er andstætt hagsmunum barna, en börn sem hafa lent í ofbeldi og lýsa einskærum vilja til að vera ekki í samneyti við gerandann eru þvinguð af íslenskum dómstólum til að umgangast hann.

Þetta þykir höfundi mikil afturför og gríðarlega mikið vegið að börnum þegar ekki er hlustað á rödd þeirra þegar þau tjá sig um ofbeldi. Börn eru framtíðin okkar og er það okkar fullorðna fólksins að hlusta á þau, bera virðingu fyrir sjónarmiðum þeirra og koma þeim á framfæri. Allir geta gert betur og þegar horft er til vilja barna er hægt að gera mun betur í að hlusta á börnin og upplýsa þau um rétt sinn til að hafa áhrif á eigið líf. Að mati höfundar væri hægt að gera öll börn meðvituð um réttindi sín með því að hefja markvissa kennslu þeirra í skólum landsins.

Lagaskrá

Lög nr. 46/1921 og 57/1921

Barnalög nr. 9/1981

Lög nr. 20/1992

Breytingarlög nr. 18/2001

Barnaverndarlög nr. 80/2002

Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum

Barnasáttmáli Sameinuðu þjóðanna

Mannréttindasáttmáli Evrópu

Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Erlend lög

Lov om barn og foreldre, nr. 7/1981

Forældreansvarsloven nr. 499/2007

Föräldrabalken nr. 381/1949

Dómaskrá

- Dómur Hæstaréttar frá 5. nóvember 2009 í máli nr. 197/2009.
Dómur Hæstaréttar frá 3. desember 2009 í máli nr. 303/2009.
Dómur Hæstaréttar frá 24. febrúar 2011 í máli nr. 350/2010.
Dómur Hæstaréttar frá 8. nóvember 2012 í máli nr. 136/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 24. janúar 2013 í máli nr. 490/2012.
Dómur Hæstaréttar frá 13. febrúar 2013 í máli nr. 687/2013.
Dómur Hæstaréttar frá 30. maí 2013 í máli nr. 1/2013.
Dómur Hæstaréttar frá 13. júní 2013 í máli nr. 91/2013.
Dómur Héraðsdóms Reykjaness frá 19. júní 2013 í máli nr. E-560/2013.
Dómur Hæstaréttar frá 4. febrúar 2015 í máli nr. 456/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 21. janúar 2016 í máli nr. 593/2015.
Dómur Hæstaréttar frá 9. júní 2016 í máli nr. 67/2016.
Dómur Hæstaréttar frá 1. febrúar 2017 í máli nr. 514/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 28. september 2017 í máli nr. 24/2017.
Dómur Hæstaréttar frá 22. mars 2018 í máli nr. 507/2017.
Dómur Landsréttar frá 12. apríl 2018 í máli nr. 636/2018.
Dómur Landsréttar frá 14. ágúst 2018 í máli nr. 619/2018.
Dómur Landsréttar frá 27. september í máli nr. 17/2019.
Dómur Hæstaréttar frá 10. mars 2020 í máli nr. 58/2019.
Dómur Landsréttar frá 19. febrúar 2020 í máli nr. 547/2020.
Dómur Landsréttar frá 11. desember 2020 í máli nr. 356/2020.

Heimildir:

Alþingistíðindi.

Barn.is. *Barn vill ekki umgengni*. Sótt 3. mars. 2021 af <https://www.barn.is>.

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

Dögg Pálsdóttir: *Umgengni og umgengnistálmanir*. Reykjavík 2010.

Helga Sigmundsdóttir og Hrefna Friðriksdóttir: *Jöfn umgengni í framkvæmd*.

Reykjavík 2013.

Hrefna Friðriksdóttir: *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði. „Sifja- og erfðaréttur“* Reykjavík 2009.

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

Reykjavík 2013.

Hrefna Friðriksdóttir: *Úrræði vegna umgengnistálmana*. Reykjavík 2012.

Ingibjörg Bjarnardóttir: *Sáttamiðlun í hnotskurn*. Lögmannablaðið. Reykjavík 2005.

Íslensk orðabók: Ritsstjóri Mörður Árnason. Forlagið Reykjavík 2007.

Lögfræðiorðabók með skýringum. Ritstj. Páll Sigurðsson. Reykjavík 2008.

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

Umboðsmaður barna: *Fjölskyldan*. sótt 3. mars 2021 af Umboðsmaður barna

Þyri Halla Steingrimsdóttir: *Það sem barninu er fyrir bestu. Úlfljótur, tímarit laganema*. Reykjavík 2004.

Þórhildur Línadal: *Barnasáttmálinn Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi*. Unicef. Reykjavík. 2007.

Svend Danielsen: *Nordisk börneret II*. Nordisk Ministerrad. Kaupmannahöfn 2003.