

Hver er réttur ættingja til forræðis yfir barni, þegar annað foreldri fellur frá?



Lilja Guðrún Kjartansdóttir

Háskólinn á Bifröst

Haustönn 2009

Þorbjörg I. Jónsdóttir



Staðfesting lokaverkefnis til BS gráðu í viðskiptalögfræði.

Lokaverkefnið:

Hver er réttur ættingja til forræðis yfir barni,
þegar annað foreldri fellur frá?

Höfundur:

Lilja Guðrún Kjartansdóttir, kt. 240186-2689

Verkefnið hefur verið metið samkvæmt reglum og kröfum Háskólans á Bifröst
og hefur hlotið

lokaeinkunnina: _____

Bifröst _____

Deildarforseti

Leiðbeinandi



Hver er réttur ættingja til forræðis yfir barni, þegar annað foreldri fellur frá?

Höfundur:

Lilja Guðrún Kjartansdóttir

Leiðbeinandi:

Þorbjörg I. Jónsdóttir



Ágrip

Í gegnum tíðina hafa komið fram aðilar í blaðaviðtölum vegna andláts dóttur eða sonar. Þessir ákveðnir aðilar hafa ekki fengið að sjá barnabörninn sín í skemmri eða lengri tíma. Vakti það áhuga minn að skoða hvaða reglur og lög gilda þegar andlát á sér stað og hver sé í raun lagalegur réttur þriðja aðila. Hvort sem það eru uppkomin systkini, afar og ömmur eða aðrir nákomnir ættingjar. Skoðaði höfundur því barnalögin, barnaverndarlögin og einkamálalögin. Einnig voru frumvörp þessara laga skoðuð. Með hliðsjón að lögunum og til betri útskýringa voru ýmis fræðirit og fræðigreinar skoðaðar. Komst höfundur að því að réttur þriðja aðila til barns eftir andlát forsjáraðila er ekki mikill nema sá forsjáraðili skilji eftir löglega yfirlýsingu þess efnis. Réttur þriðja aðilans til barnsins er því nánast enginn ef hitt foreldrið er til staðar. Hvert mál verður þó að skoða fyrir sig og ekki er hægt að alhæfa yfir öll mál sem upp geta komið. Einnig voru dómur skoðaðir. Kom í ljós að þeir eru ekki margir, en einungis tveir fundust þegar andlát átti sér stað. Má ætla að öðrum málum hafi lokið með dómssátt eða úrskurði. Er dómssátt talin vera betri en þá er málinu lokið af hálfu beggja aðila en ekki situr annar eftir með sárt ennið og finnst hann hafa tapað. Er samt sem áður minnst á fleiri dóma sem einnig eru um forsjármál. Einnig var tekin fyrir dómur sem var nokkuð sérstakur að því leiti að þar var faðir barnsins með forsjána en fósturforeldrar með forræðið.



Formáli

Ritgerð þessi er 14 ECTS eininga og er lokaverkefni í BS við lagadeild Háskólans á Bifröst. Viðfangsefni ritgerðarinnar er að kanna hver réttur er þriðja aðila í forsjármálum barna við andlát annars foreldris.

Höfundur vonar að ritgerð þessi sé fræðandi og skemmtileg aflestrar fyrir þá sem lesa hana. Einnig að hún auki skilning lesenda á því efni sem ritgerðin byggir á. Ritgerðin var unnin í Reykjavík á tímabilinu september 2009 til janúar 2010.

Höfundur vill koma þakklæti til leiðbeinanda síns, Þorbjörgu I. Jónsdóttur fyrir yfirlestur ritgerðarinnar og uppbyggilegrar gagnrýni. Einnig vill höfundur koma þakklæti til Ingibjargar Jónsdóttur, kennara, fyrir yfirlestur og gagnrýni á ritgerðina.

Höfundur lýsir yfir að hann einn hafi unnið ritgerð þessa og textinn er hans vinnsla. Rannsóknir eru verk höfundar og vísað er í heimildir í fullu samræmi við reglur Háskólans á Bifröst.

Reykjavík, 19. Janúar 2010

Lilja Guðrún Kjartansdóttir

Efnisyfirlit

1. Inngangur	3
2. Reglur sem gilda í forsjármálum	4
2.1. Sakarforræðisreglan	4
2.2. Málsforræðisreglan.....	7
2.3. Sönnunarreglur.....	9
2.4. Vitnaskylda.....	11
2.5. Leiðbeiningaskylda dómara á gagnaöflun	12
2.6. Meðdómsmenn.....	14
2.7. Aðgangur að gögnum	16
2.8. Upplýsingaskylda þeirra aðila sem bundnir eru þagnarskyldu	17
3. Forsjá þegar annað foreldrið andast.....	19
3.1. Andlát kynforeldris þegar sameiginleg forsjá er til staðar.....	20
3.2. Andlát kynforeldris sem fer eitt með forsjána en er þó í sambúð/hjúskap	20
3.3. Andlát einstæðs foreldris	21
3.4. Forsjá fer til barnaverndarnefndar.....	21
3.5. Ákvörðum um forræði eftir andlát	22
4. Dómar og dómaframkvæmd	22
4.1. Hæstaréttardómur 384/2000	22
4.2. Hæstiréttardómur 262/2002	24
4.3. Hæstiréttardómur 273/2000	26
5. Hafnarfjarðarleiðin.....	28
5.1. Leið eitt.....	28
5.2. Leið tvö.....	29
5.3. Leið þrjú	29
6. Niðurstöður.....	31
Lokaorð	34
Skrár	37
Heimildarskrá	37
Dómaskrá	37
Hæstaréttadómar	37
Héraðsdómar.....	37



Lagaskrá	37
Brotfallin lög.....	38
Þjóðréttarsamningar	38
Viðaukar.....	39

1. Inngangur

Oft hafa komið upp mál í fjölmiðlum, í bloggheiminum og á ýmsum spjallrásum á veraldarvefnum um hver réttur þriðja aðila til að umgangast barn þar sem annað foreldrið lætur lífið. Eftir að tvö mál komu upp á þessum stöðum með stuttu millibili fór höfundur að hafa áhuga á þessu sviði barnaréttar. Það er að segja hver réttur þriðja aðila er til forsjá barna þegar andlát foreldra á sér stað. Skýrar reglur eru um það í 30. gr. barnalaganna¹. Þó verður eins og löggjafinn hefur sýnt að skoða hvert mál fyrir sig út frá þeim málavöxtum sem eru í hvert skipti. Eitt er þó algjörlega á hreinu í löggjöfnni sem löggjafarvaldið og framkvæmdarvaldið koma skýrt áleiðis, að hagsmunir barnsins sem um ræðir hverju sinni hefur forgang. Geta hagsmunir barnsins jafnvel farið fram fyrir hagsmuni foreldra eins og kemur fram seinna í ritgerð þessari.

Ýmsar reglur gilda í forsjármálum, en hér er einungis litið til þeirra sem koma við sögu þegar andlát á sér stað. Mikið eru það sömu reglur og þegar er um almenn forsjármál að ræða en þó með undantekningum. Barnaréttur kemur einnig inn í fleiri svið íslenska réttarkerfisins, því verður einungis litið til þeirra reglna og laga sem gilda þegar andlát forsjáraðila á sér stað.

Reynt verður að líta til dómaframkvæmdar til að fá sem best álit framkvæmdarvaldsins í þessu málefni, þrátt fyrir að þeir eru fáir þar sem andlát á sér stað. Því verður notast við aðra dóma sem eru í samræmi við það efni sem skrifað er um.

Einnig verður litið á nýlega leið í dómasátt eða svo kölluð Hafnarfjarðarleiðin. Er hún nokkuð sérstök þar sem að reynt er með bestum hætti að ná sáttum á milli málsaðila áður en til dómsmáls kemur. Í Hafnarfjarðarleiðinni svokölluðu er þó reynt að fara lengra þrátt fyrir að málsaðilar segist ekki geta náð sáttum. Í flestum tilfellum nást sættir á endanum.

¹ Hér eftir nefnd bl.



2. Reglur sem gilda í forsjármálum

Eins og á flestum sviðum íslenska réttarkerfisins þá fléttast hin ýmsu lög saman í barnarétti. Ef hægt er að orða það þannig þá eru bl., þó aðallögin. En í þeim kemur fram t.d. réttur barnsins til að vita hverjir foreldrar þess eru (í flestum tilfellum hver faðir þess er), hverjar skyldur foreldra eru gagnvart barninu sínu sem og hvernig forsjá barns getur verið háttáð. Barnalögin eru því ein mikilvægasta réttarheimildin í barnarétti. Fleiri mikilvæg lög spila þó inn í eins og áður var sagt. En þar má nefna barnaverndarlögin nr. 80/2002², en þau kveða á um barnaverndarnefnd, réttindi hennar og skyldum sem og réttindi barnsins og þær reglur sem gilda þegar barn þarf að fara í fóstur. Fóstur er þó aðallega beitt þegar grípa þarf til úrræðis vegna þess að barn er hætta búin út af uppeldisaðstæðum eða vegna eigin hegðunar. Einnig er kveðið á um velferð barna í stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, en um það er sagt í 76. gr.

Einnig eru í gildi þjóðréttarsamningar sem hafa áhrif í barnarétti. Má þar helst nefna Mannréttindasáttmála Evrópu og samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins³, þó svo að hann sé ekki í gildi hér á landi hefur hann haft áhrif á þá breytingu sem varð á barnalögnum árið 2003, einnig hefur sáttmálin verið notaður til stuðnings í dómum sbr. héraðsdóm Norðurlands vestra nr. E-124/2005 og héraðsdóm Reykjavíkur nr. E-8327/2007 en í þeim báðum er vitnað í greinar sáttmálans sem og sambærilegar greinar í íslenskum lögum. Í barnasáttmálanum er aðallega kveðið á um þann rétt sem barnið hefur, það er að segja að barnið hefur ákveðinn rétt til að njóta mannréttinda eins og hver annar einstaklingur. Aðildarríkin skuli gæta þeirra barna sem eru innan ríkisins s.s. að þau fái að alast upp í eðlilegu umhverfi, fái að halda sínum persónulegu auðkennum t.d. ríkisfangi, nafni og fjölskyldutengslum, en einnig er kveðið á um þetta í 1. gr. bvl. Mannréttindasáttmáli Evrópu fjallar einnig um mannréttindi en hún er þó almennari og nær til allra en ekki einungis barna eins og barnasáttmálin.

2.1. Sakarforræðisreglan

Það felst í sakarforræðisreglunni að aðilar máls geti ráðstafað sakarefninu á þann hátt sem þeir sjálfir kjósa. Indispositiv⁴ er aftur á móti þegar málsaðilar hafa takmarkað forræði á sakarefninu vegna þeirra réttarreglna sem gilda. Oftast er það þó í málum sem varða

² Hér eftir nefnd bvl.

³ Hér eftir nefndur barnasáttmálinn.

⁴ Því miður hefur þýðing á þessu orði ekki komið almennilega fram, hvorki við leit á veraldarvefnum né orðabókum, hvort sem er almennu tungumála orðabókum eða lögfræðiorðabókum. Má þó nefna að þetta orð kemur fyrir í frumvarpi barnalaganna.



almannahagsmuni. Undartekningin er þó einnig í forsjármálum þar sem barn getur ekki gætt hagsmuna sinna sjálft. Úrlausn forsjárdeilu verður því að fara eftir þeirri ófrávíkjanlegri reglu að hagsmunir barnsins og hvað því sé fyrir bestu sé ávallt haft að leiðarljósi. Þannig skerðir það forræði málsaðila á sakarefninu.

Reglan gefur málsaðilum rétt til að ákveða sjálfir hverjar kröfur þeirra eru, hvort þeir falli frá kröfum í málinu og hvort þeir vilji semja um sakarefnið. Þegar kemur að dómara, getur hann ekki dæmt út fyrir þær kröfur sem málsaðilar gera. Kemur það skýrt fram í 1. mg. 111. gr. laga um meðferð einkamála nr.91/1991⁵. Í 46.gr. eml. kemur skýrt fram að málsaðilar afli sjálfir þeirra gagna sem þarf vegna málsins. Dómari getur þó bent aðilum málsins að afla ákveðinna gagna til að útskýra mál sitt betur ef dómara finnst það nauðsynlegt. Einnig kemur fram í sömu grein að dómari getur neitað um gögn sem bersýnilega skipta ekki máli eða að gagn sé tilgangslaust til sönnunar. Dómari skal reyna að leita sátta ef aðilar fara með forræði á sakarefninu samkvæmt 1. mgr. 106. gr. eml. en þó verður sú sátta að standast 1. mgr. 108. gr. eml. Það er að segja að sáttin sé ekki óljós, ómögulegt að efna hana eða ólöglegt að öðru leiti. Í forsjármálum er dómara þó ekki skylt að leita sátta þegar nýjar dómkröfur koma nema ef hann telji ástæðu til.⁶

Má því ætla að málsaðilar geti í raun gert það sem þeim dettur í hug innan ákveðins ramma sem fyrr hefur verið greint frá. En þó verður að líta til þess að sakarforræðisreglan gildir ekki á sama hátt í forsjármálum. Þar sem málsaðilar í forsjármálum eru venjulega foreldrar barns eru þeir ekki einráðir um meðferð barnsins. Ákvörðunin sem er verið að taka hefur verulega þýðingu fyrir barnið, en það telst ekki málsaðili að málinu. Hlutverk dómara í málum sem þessum er að hafa hagsmuni barnsins að leiðarljósi þar sem að barnið getur ekki gætt hagsmuna sinna sjálft vegna aldurs og aðildarleysis eins og áður hefur komið fram.⁷ Dómari getur þrátt fyrir aðildarleysi barnsins skipað sérfróðan mann sem talar fyrir hönd barnsins eftir að sá aðili hefur kynnt sér viðhorf barnsins sbr. 43. gr. bl.

Í Hæstaréttardómi nr. 405/2000 fjallar um aðfarargerðar vegna barna M og K. Dómur hafði fallið í málinu þar sem K hafi fengið forræði barna þeirra A og B. M var þó með börnin í umdæmi sýslumannsins á Snæfellsnesi. M afhenti börnin ekki til K og bað K því um aðför til að fá börnin til sín. Sýslumaðurinn á Snæfellsnesi gekkst ekki við þeirri aðför þar sem að búið

⁵ Hér eftir nefnd eml.

⁶ Davíð Þór Björgvinsson. (1995). Bls. 283.

⁷ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 16-17.



væri að skjóta héraðsdómnum til Hæstaréttar og vildi fá úrskurð hans um forræðismálið áður. Varnaraðili gekk við því að áfrýjun dóms tefði fyrir aðför en taldi einnig að 62. gr. barnalaga nr. 20/1992 gæfi dómara leyfi til að dæma aðför þegar mikið væri í húfi eins og hagsmunir barnanna. Dómari var ekki sammála og dæmdi að úrskurður sýslumanns um frestun á aðför hefði verið réttmætur.⁸

Í 2. mgr. 41. gr. bl. kemur fram að dómari er ekki bundinn af málsástæðum málsaðila, hér kemur skírt og greinilega fram að forsjármál eru indispositiv. Á þetta einnig við í nútímanum þó svo að fyrrnefndur dómur hafi verið dæmdur eftir eldri bl. Eins og fram kemur í greinagerð með lögnum þá getur gagnaöflun fyrir dómi tekið nokkuð langan tíma. Ýmis sérfræðiálit koma fram sem voru ekki til staðar við byrjun dómsmáls og því geta aðstæður barna breyst þegar líður á málið. Allt þetta getur haft áhrif á niðurstöðu dóma, því niðurstaðan á að vera það sem barninu er fyrir bestu við dómsuppkvaðningu.⁹

Þrátt fyrir það sem áður hefur komið fram að dómari sé bundinn við kröfugerð málsaðila, þá er því ekki alltaf þannig farið t.d. vegna laga sbr. 2.mgr. 34. gr. bl. En þar kemur fram að dómari getur ekki dæmt sameiginlega forsjá. Ef kröfugerð málsaðila er því á þá vegu að dæmt verði um sameiginlega forsjá getur dómari það ekki vegna fyrrnefndar greinar. Sameiginlega forsjá verður alltaf að vera samningur á milli forsjáraðilanna.

Ekki er fjallað sérstaklega um í lögnum hvað varðar systkin og hvernig háttað er með þau í forsjármálum. En þó kemur fram í frumvarpi bl. að taka verði tillit til þegar systkinahópur á í hlut. Verður að líta á hversu samrýmd systkinin eru, á hvaða aldri þau eru og fleira sem fellur til. Hvert mál verður þó að skoða fyrir sig og hvað hverju barni er fyrir bestu.

Hæstaréttadómur nr. 54872005 passar nokkuð vel hér. Bæði er tekið á þegar systkini eiga í hlut sem og kröfum málsaðila. Málsaðilar deildu á um forræði yfir tveim börnum sínum, A fæddur 1993 og B fædd 1995. Krafa beggja foreldra var að fá forræði yfir báðum börnunum. Eftir að sálfræðimat og athugun á heimili beggja foreldra þeirra M og K var niðurtáða dómara að B færi til móður sinnar K en faðirinn M fengi forræðið yfir A. K skaut málinu til Hæstaréttar og krafðist forræðis yfir báðum

⁸ Þar sem 62. gr. barnalaga nr. 20/1992 samsvarar 41. gr. bl. er hægt að bera þennan dóm saman við það mál sem fjallað er um hér.

⁹ Alpt. Frumvarp til barnalaga nr. 76/2003. 128. Lögjafarþing 2002-2003. Þskj. 181—180. mál. Sótt þann 17. nóvember af <http://www.althingi.is/alttext/128/s/0181.html>.



börnunum. Einnig vildi hún ógildingu á héraðsdómnum þar sem hún taldi að dómari hefði farið út fyrir sitt svið með því að dæma ekki eftir kröfum aðila. Hæstiréttur sagði að héraðsdómur hefði ekki farið út fyrir kröfur sínar þegar hann dæmdi í málinu þar sem fallist var á kröfur beggja aðila um annað barnið en ekki hitt. Hæstiréttur taldi einnig að þar sem langt væri á milli systkina og samgangur mikil á milli systkinanna. Dómurinn kvað skýrt á um það að þau skyldu vera saman í fríum og um helgar, var það talið fyrir bestu að staðfesta héraðsdóminn. Hæstiréttur staðfesti því héraðsdóminn eins og hann stendur.

Þegar um forsjármál er að ræða hefur útivist málsaðila ekki sömu réttarlegu áhrif eins og hún almennt hefur. Þegar talað er um útivist málsaðila hefur það í för með sér að gagnaöflun fer ekki fram eftir að málið er þingfest sbr. 1.-3. mgr. 96. gr. og 1. mgr. b-liður 105. gr. eml. samkvæmt þessu eru mál dæmd eftir þeim gögnum sem fyrir liggja þegar dómsmál hefst. Hefur þetta ekki verið hefð í forsjármálum þar sem aðstæður málsaðila og þeirra sem deila um forsjá barnsins geta breyst á meðan á dómsmáli stendur.¹⁰

2.2. Málsforræðisreglan

Málsforræðisreglan og sakarforræðisreglan eru náskyldar. Helsta inntak reglunnar er að málsaðilar ákveða sjálfir hvernig þeir haga sönnunarfærslunni, þeir afla sjálfir sönnunargagna og ákveða sjálfir hvaða gögn verða lögð fyrir. Reglan tekur til að hvaða marki málsaðilar hafa forræði yfir málsmeðferðinni en málsaðilar sem og dómarar eru bundnir ýmsum ófrávíkjanlegum reglum sem gilda samkvæmt réttarfarslögum.

Sú grundvallarhugsun liggur að baki reglunnar að dómari eigi ekki að hafa afskipti af málalíbúnaðinum þar sem það getur stefnt hlutleysi hans í hættu. Einnig er reglan byggð á þeirri rökréttu verkaskiptingu að málsaðilar hafa, a.m.k. í upphafi máls, betri þekkingu á málavöxtum en dómari og því er það í þeirra höndum að leggja staðreyndir málsins fyrir dómara.¹¹

Málsaðilar ráða þó ekki meðferð málsins að öllu leiti. En samkvæmt 46. gr. eml. getur dómari beint því til málsaðila að afla frekari gagna í málinu sem og ef að dómari telur bersýnilega að

¹⁰Alþt. Frumvarp til barnalaga nr. 76/2003. 128. Löggjafarþing 2002-2003. Þskj. 181—180. mál. Sótt þann 17. nóvember af <http://www.althingi.is/alttext/128/s/0181.html>.

¹¹ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 20.



atriði skipti ekki máli eða sé tilgangslaust til sönnunar getur hann hafnað þeirri sönnunarfærslu aðilans. Á fyrri hluti 46.gr. nokkuð vel við í forsjármálum þar sem dómari hefur mun meira afskipt af málsmeðferðinni. Þetta er einkum vegna þess að verulegir almannahagsmunir eru í húfi fyrir barnið. Í lögum kemur skýrt og greinilega fram að börn eiga rétt á þeirri umönnun sem þau þarfnast hvort sem er andlega eða líkamlega.¹² Því er nauðsynlegt að öll þau gögn sem skipt geta sköpun fyrir barnið komi fram, dómari getur því haft afskipti af þeirri gagnaöflun sem á sér stað í gegnum allt dómsmálið og þær réttarreglur sem mælast fyrir við rekstur almennra einkamála geta því raskast í því skyni.¹³

Hin almenna regla sem kemur fram í 2. mgr. 111. gr. eml. um að dómari megi ekki dæma eftir málsástæðu eða mótmælum sem hefðu mátt koma fram en gerðu það ekki í meðferð málsins. Þó er hægt að hnekkja á þessari lagagrein sbr. 41. gr. bl. en þar kemur fram að aðilar málsins geta borið fram nýjar málsástæður sem og ný andmæli á meðan á málsmeðferð stendur, sem og kemur fram að dómari er ekki bundin af málsástæðum og kröfum aðila. Ætla má að með þessu ákvæði í bl. geti dómari í raun gert það sem honum þóknast. En svo er raunin ekki. Málsaðilar verða auðvitað að geta treyst því að dómari geri það sem barninu er fyrir bestu og gæti hagsmuna þess. Dómari gerir það með því að horfa á þau gögn sem upp koma í málinu meðan á málsmeðferð stendur og byggja niðurstöðu sína á þeim gögnum sem fyrir liggja svo sem skýrslum og fleira. Dómari er því þrátt fyrir allt bundinn af þeim gögnum sem fyrir liggja í málinu og getur ekki hlustað á hvað sem er meðan á málsmeðferð stendur. Sem dæmi um málgögn sem geta komið inn í málið í miðri málsmeðferð og málsaðilar koma í raun ekki með inn í málið er skýrsla um viðtal við barnið sem dómari eða aðila á vegum dómara tekur og forræðisaðilar eru ekki viðstaddir, en það er leyfilegt skv. 2. mgr. 43. gr. bl. Í 3. mgr. sömu greinar kemur fram að kynna eigi málsaðilum hvað kom fram um afstöðu barnsins, ef aðilum er ekki veittur aðgangur að skýrslunni sjálfri í heild sinni skal það skráð hvaða upplýsingar þeir fengu. Þessar reglur sem og forræðismál, eru vandmeðfarin eins og gefur að skilja ef harkan er mikil á milli forsjáraðila í málinu.¹⁴

Í þessu samhengi má nefna að í Hæstaréttardómi 262/2002 voru 3 málsaðilar. Það er að segja stefnendur og tveir varnaraðilar A og B. Við lok málsins fyrir héraðsdómi kom sú staða upp að annar varnaraðilinn, A, hafði

¹² Má hér nefna sem dæmi félagsmálasáttmála Evrópu, barnaverndarlögin og barnasáttmálan, en í báðum samningunum sem og lögunum kemur fram að barn skal fá þá umönnun sem það þarf hvort sem er frá einstaklingum (forsjáraðillum) eða ríkinu sjálfu (hinu opinbera).

¹³ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 20-21.

¹⁴ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 22.



sagt sig frá málinu á meðan á því stóð. Með réttu hefðu því stefnendur þurft að sækja nýtt mál nú aðeins á hendur stefnda, B. Dómurinn taldi þrátt fyrir þetta að undirbúningsvinnan væri sú sama og að ekki tæki því að hefja nýtt mál á sömum forsendum og nú aðeins gegn varnaraðila B. Var því dómur felldur í málinu eins og það stóð.¹⁵

Sönnunarreglan í forræðismálum er því nokkuð vandmeðfarin þar sem dómara er gefið leyfi fyrir því að fara út fyrir valdsvið sitt í gagnaöflun þ.e.a.s. að sækja gögnin sjálfur sem hann vill t.d. með viðtali. En aftur á móti er hann ennþá bundinn þeim skorðum að hafa hagsmuni barnsins að leiðarljósi og sjá til þess að dæmt verði í málinu út frá þeim gögnum sem uppi hafa verið í málsmeðferðinni, en ekki utanaðkomandi gögnum svo sem fréttáflutningi eða öðru.

2.3. Sönnunarreglur

Sönnunarreglur í forræðismálum geta haft aðra þýðingu heldur en sönnunarreglur hafa í einkamálum sem sæta almennri meðferð. Meginreglan um frjálst sönnunarmat felur í sér að dómari er almennt ekki bundinn af lagafyrirmælum þegar hann leysir úr hvað telst sannað og hvað ekki við úrlausn einstakra mála, ef önnur lög binda dómara ekki sérstaklega um mat í þessum efnum. Þessi meginregla kemur fram í 1. mgr. 44. gr. eml. Því getur dómari ákveðið hvort málsaðili beri hallann af sönnunarskortum.

Þó getur verið um lögbundna sönnun að ræða. Sem dæmi má nefna um lögbundna sönnun er sönnun um faðerni barns. Í 17. gr. bl. segir að maður teljist faðir barns ef niðurstöður mannfæðingaráfræðilegra rannsókna bendi eindregið til þess að hann sé faðir þess. Lögbundin sönnun og frjáls sönnun þarf þó ekki að fela í sér andstæðu eins og þetta dæmi sýnir. Almennar sönnunarreglur leiða því oft til sömu niðurstöðu og lögbundin sönnun.

Þar sem dómstólar verða að ákveða hjá hvoru foreldrinu forsjá barnsins verður, fer eftir því hvað barninu er fyrir bestu sbr. 2. mgr. 34. gr. bl. Sönnunarfærslan snýst því um að afla sem nákvæmra upplýsinga um atvik eða aðstæður sem skipta máli þegar leyst er úr um forsjá barns og hagsmunir barnsins eru hafðir að leiðarljósi. Ekki er tilgreint beint í lögum hvaða atriði dómari á að fara eftir þegar sanna á hvar barnið er best niðurkomið. Svo má einnig líta til fyrri dóma og hvernig þau mál hafa farið sem og fræðiritin þar sem reynt er að skilgreina hvað

¹⁵ Nánar verður fjallaðu um þennan dóm í kafla 4.2.



barninu sé fyrir bestu. Verður þó að líta til þess hér að stundum getur svarið verið nokkuð augljóst eða þegar sjúkdómar, fíkniefnaneysla eða annað gerir það að verkum að annar forsjáraðilinn er greinilega óhæfur til að fara með forsjá yfir barninu.

Þrátt fyrir þetta verður að telja að þessi atriði séu einungis leiðbeinandi fyrir dómara og að hann geti ekki með vísan til reglunnar um frjálst sönnunarmat dæmt eftir sinni hentisemi og hvað honum finnst. Dómari verður að fara eftir því hvað best er fyrir barnið hverju sinni í samræmi við þau sönnunargögn sem fyrir liggja í málinu í heild sinni. Matið er því einstaklingsmat og bundið við hvert barn fyrir sig. Dómarinn hefur aftur á mót frjáls mat til að meta hvaða sönnunargögn vega þyngst og hvaða gögn hafa minnst áhrif við dómsúrlausn sína. Verður einnig að minna á hér að dómari er ekki bundinn af málsástæðum málsaðila og verður því að telja að ekki skipti endilega máli hvaða staðhæfingar þeir koma með. Önnur atriði sem koma fram í málinu geta því skipt máli við dómsúrlausnina og verður dómari að meta það án þess að lög bindi hann í þeim efnum.

Sönnunarreglan um sönnunarstöðu málsaðila getur einnig verið öðruvísi í forsjármálum. Í almennum málum er það á vegum málsaðila að afla gagna og sönnunar í málum og dómara að dæma. Í forsjármálum er þetta þó öðruvísi háttað, það kemur fram í 42. gr. bl. að dómara er gefið leyfi til að afla gagna sjálfur ef hann telur þess þurfa. Einnig getur dómari komið því áleiðis til málsaðila að þeir afli gagna sem dómari telur nauðsynleg við úrlausn málsins. Þetta hefur þau áhrif að málsaðilar beri líklegast ekki hallann af sönnunarskortum nema þeir neiti dómara um mikilvægar upplýsingar sem tengjast geta málinu.

Í Hæstaréttardómi 262/2002 dómkvaddi dómurinn til matsmenn til að meta hæfni málsaðila vegna forræðis á A. Þar sem að dómurinn kvaddi til matsmennina var það í raun dómari sem kom með þá skýrslu sem varð eftir athugun matsmanna. Fjallað verður frekar um þennan ákveðna dóm hér seinna í ritgerðinni.

Þriðja mikilvæga sönnunarreglan er um ályktanir dómsins um sönnunaratrði. Þessi regla getur einnig verið önnur þegar kemur að forsjármálum heldur en í almennum einkamálum. Í dómi verður að koma fram ákveðin atriði sem tífunduð eru í 1. mgr. 114. gr. eml., ekki verður farið í að taka þau til hér. Þó verður að nefna að í f-lið fyrrnefndrar lagagreinar kemur fram að rökstudd niðurstaða um sönnunaratrði og lagaatrði verði að koma fram í dómi. Það er að í dómnum verður að koma fram af hverju dómurinn komst að þeirri niðurstöðu, hvaða sönnunargögn gerðu það að verkum að niðurstaðan varð sú er raun bar vitni og hvort að



málsaðilar hafi borið einhvern halla að sönnunarskorti. Eins og áður hefur verið nefnt þá hefur dómari vald til þess að sækja sönnunargögn sjálfur eða benda málsaðilum á að afla frekari sönnunargagna. Einnig kemur fram í 41. gr. bl. að málsaðilar geti borið fram nýjar málsástæður og haft upp ný andmæli, allt þar til málið er dómtekið. Þar af leiðandi er dómari ekki bundinn af málsástæðum málsaðila og því spurning hvort að þurfi í dómi að koma fram hvað telst sannað og öll þau atriði sem málsaðilar hafa tekið saman við rekstur málsins. Getur það verið mjög óheppilegt að dómari telji til allar þær málsástæður sem málsaðilar hafa borið á hvorn annan í málatilbúnaði sínum. Til að mynda ef dómari tæki afstöðu til allra ágreiningsefna sem kæmu upp, gæti það verið til þess fallið að magna deilur málsaðila en ekki að sefa þær. Gæti þetta verið mjög slæmt og óheillvænlegt fyrir barnið og haft slæm áhrif á samband þess við forsjáradila seinna meir. Ætla má að dómari reyni ekki að draga fram það neikvæða í fari hvors forsjáradila fyrir sig í dómsuppkvaðningu.¹⁶ Verður því að telja að dómari taki ekki afstöðu til allra ágreiningsefna málsaðila við sönnun atriða, en verður dómari þó að meta það í samræmi við þær meginreglur sem gilda. Dómari getur því samkvæmt þessu hagað rökstuðningi sínum þannig í dómsorðum að hvorki forsjármönnum né barni verði meint af lestri dómsorðanna og ekkert komi þar fram sem hafi töluverð áhrif á samband barnsins við forsjármenn sína. Verður þó að ætla að þetta sé mjög vandasamt verk þar sem dómari þarf jú einnig að koma fram af hverju hann valdi annan forsjáradilann fram fyrir hinn.

2.4. Vitnaskylda

Almenna reglan um vitnaskyldu er að öllum er skylt að koma fyrir dóm sem vitni í máli ef þörf krefur. Í 1. mgr. 51. gr. eml. kemur fram að þeir sem eru orðnir 15 ára, lúta íslenskri lögsögu og eru ekki aðili málsins eða fyrirsvaramaður aðila, er skylt að koma fyrir dóminn sem vitni og svara munnlegum spurningum um málsatvik. Á þessari reglu eru þó nokkrar undantekningar þar á meðal þegar um forsjármál er að ræða. Undantekningarnar eru þó í fleiri lögum en hér verðu einungis teknar þær undantekningar sem viðkoma forsjármálum.

Í 52. gr. eml. segir til um það hverjir eru undanþegnir vitnaskyldu. Sem dæmi má nefna eru nákomnasta fjölskylda, stjúpfóreltrar og tengdafóreltrar. Dómari getur einnig leyst aðila undan vitnaskyldu ef hann telur aðilann of nátengdan viðkomandi málsaðila. Embættismenn sem og sýslumaður eru undanþegnir vitnaskyldu ef vitnisburður þeirra tengist embætti þeirra á þá vegu að vottorð eða aðrar upplýsingar liggi fyrir í embættisbókum eða öðrum opinberum

¹⁶ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 23-26.



skjölum. Þeir eru þó ekki undanþegnir vitnaskyldu ef engin gögn eru til um vitnisburðinn sem hægt er að styðjast við.

Í 53. gr. eml. kemur fram að vitni er ekki gert að svara spurningum sem tengjast einkahögum þriðja aðila, þ.e.s. aðila sem ekki hefur aðild að dómsmálinu. Einnig ber vitni ekki að svara spurningum sem tengjast einkahag málsaðila sem vitni hefur komist að í starfi sínu. Í þessu samhengi má nefna að þeir aðilar sem falla undir þetta eru endurskoðendur, félagsráðgjafar, lögfræðingar, lyfjasalar, lækningar, prestar, sálfræðingar eða aðstoðarmenn þessara starfsstétta. Þrátt fyrir þetta lagaákvæði í 2. mgr. 53. gr. laganna kemur fram í 3. mgr. sömu greinar að ef dómari telur hagsmuni málsaðila ganga fram fyrir hagsmuni vitnisins getur hann skipað svo fyrir að vitnið svari spurningunni. Einnig getur dómari skyldað vitnið til að segja sér fyrst í trúnaði svarið, áður en svarað er fyrir dómnum.

Gerir þetta ákvæði í eml. það að verkum að vitni getur oft ekki svarað þeim spurningum sem fyrir hann er beitt í forsjármáli. Þar sem að upplýsingar um málsaðila eru oft um einkahagi þeirra og þeir sem vita best um einkahagi eru oftast fjölskyldumeðlimir og fyrr upptaldir einstaklingar. Dómari reynir því oft að túlka lagafyrirmælin í samræmi við þá hagsmuni sem eru í húfi og þar með gert vitninu að svara spurningu sem vitnið þarf ekki að svara að öðrum ástæðum. Þrátt fyrir þetta verður þó að benda á að barnaverndarnefnd hefur leyfi til að fá upplýsingar hjá ýmsum aðilum sem umgangast börn þrátt fyrir þagnaskyldu þeirra. Kemur þetta fram í 17. gr. bvl. en þar er ekki tilgreint hvort að dómari megi notast við þessi gögn en ætla má að dómari og barnaverndarnefnd vinni saman að málum eins og í forræðisdeilu barna og þeirra hagsmuna sem eru í húfi.

2.5. Leiðbeiningaskylda dómara á gagnaöflun

Eins og fjallað hefur verið um áður, þá hefur dómari ákveðið leyfi til að hafa afskipti af og fylgjast með gagnaöflun sbr. 41. gr. bl. það er að hann getur sjálfur aflað gagna eða lagt fyrir aðila að afla annarra gagna telji hann nauðsyn til. Leyfið sem dómari fær með þessari lagagrein er til þess að tryggja að fullnægjandi upplýsingar liggi fyrir við málsmeðferðina. Tilgangurinn er að fá sem besta lagalega niðurstöðu fyrir barnið sem á í hlut og auðvitað með hagsmuni barnsins í fyrirrúmi. Ákvörðun dómara, skv. fyrrnefndri grein, felst í því hvort að hann hafi afskipti af gagnaöflun málsaðila eða hvort að hann afli ganga sjálfur. En bæði tilfellin eiga það sameiginlegt að dómari þarf að ákveða hvort að nauðsynlegt sé að afla frekari gagna.



Til að málsmeðferðin gangi sem best fyrir sig er rétt af dómara að hafa samráð við málsaðila og lögmenn þeirra um gagnaöflun. Getur dómari þegar greinagerð hefur komið fram, að hálfu varnaraðila, strax tekið ákvörðun um gagnaöflun. Þar að leiðandi getur dómari kynnt sér hvort að málsaðilar geri ráð fyrir að koma með fleiri gögn en fyrir eru inn í málið eða hvort að þeir telji öll gögn vera komin fram. Einnig getur dómari komið fram með hugmyndir sínar og hvort að hann hyggist notafæra sér meðdómendur sbr. 1. mgr. 4.gr. eml. en brýnt getur verið að meðdómendur taki sem fyrst sæti í dómnum svo meðdómandi fái sömu upplýsingar og sömu sýn á málið eins og dómari sjálfur.

Þau gögn sem dómari aflar sjálfur eru oftast álitsgerðir eða vitnatökur sem hann telur nauðsynlegar. Hvort sem vitnatökurnar er við málsaðilana sjálfa eða við barnið sem um er deilt. Dómari getur einnig kallað til álitsgerðir frá ýmsum fagaðilum svo að hagsmunum barnsins er sem best gætt. Skyldur dómara hljóta því að vera fyrst að athuga hvaða sérfræðilegar álitsgerðir hafa verið aflað í málinu og þá hvaða sérfræðilegar álitsgerðir málsaðilar hafa hugsað sér að afla. Ef dómari telur það ekki vera fullnægjandi eða hann telur hentugra að afla fleiri gagna, getur hann aflað þeirra sjálfur. Verður þó að benda á það hér að ekki hefur reynt á það sérstaklega fyrir Hæstarétti svo kunnugt sé hver gagnaöflun dómara sé í forsjármálum. En Hæstiréttur hefur túlkað það svo að bæði dómara og málsaðilar geti hagað gagnaöflun eftir því sem best hentar í hverju máli fyrir sig.¹⁷

Með sanni má segja að foreldrar þekki börnin sín hvað mest og vita hvað þeim er fyrir bestu. Þess vegna má ætla að skrítið sé að setja álfka lagagrein eins og 41. gr. bl. er í raun og veru. En þegar málið er skoðað nánar er það ekki svo óskiljanlegt. Þegar forsjármál eiga í hlut getur margt spilað þar inn í. Í fyrsta lagi má nefna að foreldrar barnsins eru að deila sín á milli og því getur mat þeirra á því hvað barninu er fyrir bestu orðið frekar einhlýtt. Í öðru lagi má segja að hagsmunir foreldranna sem eru mjög nátengdir úrlausnarefninu, getur valdið því að raunverulegt hlutleysi þeirra er ekki eins mikið. Í því samhengi má nefna svokallað foreldra firringar heilkenni¹⁸ en það er í raun þannig að annað foreldrið sviptir hitt foreldrið því sem það á rétt á. Kenningu þessari má skipta í sex þætti það er: ásakanir annars foreldris, vísvitandi heilapvottur, ómeðvituð innræting, umdeilt barn, ósönn ásökun um kynferðisofbeldi og hitt foreldrið sem er þolandi. Ekki verður farið nánar í að skoða þetta hér, en meginmál kenningarinnar er að annað foreldrið heilapvær barnið um að hitt foreldrið sé

¹⁷ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 64-66.

¹⁸ Oft nefnt einnig PAS.



slæmt á einhvern veg.¹⁹ Síðast en ekki síst má svo nefna að forsjármál eru erfið mál viðureignar fyrir alla og þá sérstaklega þeirra sem eiga hlut að málinu enda miklir hagsmunir í húfi. Því er það skiljanlegt að dómssvaldið hafi farið þá leið í forsjármálum að dómari hafi ríkari leiðbeiningaskyldu við öflun gagna í forsjármálum heldur en í almennum einkamálum.²⁰

Stundum er nokkuð augljóst hvað best er fyrir barnið eins og þegar annað foreldrið er greinilega vanhæft til að fara með forsjá barnsins eða ef ein tilhögun á forsjá er greinilega betri en önnur. Einnig er vert að benda hér á að ef dómari óskar eftir gögnum sem geta verið mikilvæg við úrlausn málsins og hagsmuni barnsins, en málsaðili synjar vegna einhverra ástæðna. Getur það leitt til þess að synjunin hafi áhrif á sönnunarstöðu aðilans í málinu. Það er ef dómari biður t.d. um sálfræðimat á öðru foreldrinu og það neitar gæti það verið túlkað þannig að sá aðili neiti að upplýsa málið.²¹ Þegar mál er aftur á móti ekki augljóst getur verið rétt að leita álits annarra sérfræðinga hvaða þýðingu hinir mismunandi kostir og gallar það hafi fyrir barnið að annað foreldrið fari með forsjá þess. Er það því talið mjög gott fyrir forsjármál, þegar sú staða kemur upp, að dómari hafi frjálssar hendur að óska eftir eða jafnvel afla frekari gagna sjálfur. Dómarar verða þó að leggja fyrir aðila málsins að afla gagnanna fyrst áður en þeir geta aflað þeirra sjálfir eins og áður hefur komið fram. Bindur þetta dómarann í því að afla ekki strax sjálfur þeirra gagna sem hann vill fá.

2.6. Meðdómsmenn

Þegar verið er að dæma í mikilvægu og umfangsmiklum málum, skiptir máli að niðurstaðan sé sú besta. Þar af leiðandi þarf dómari að skilja þau gögn sem lögð eru fram fyrir hann í málinu. Hefur því verið bundið í lög að dómari getur kvatt til tvo meðdómsmenn. Meðdómsmenn eru með sérkunnáttu á því sviði sem dómsmálið er um. Dómari getur einnig kallað til tvo héraðsdómara til að dæma með sér í málinu eða einn héraðsdómara og einn sérfróðan meðdómsmann að fengnu leyfi dómsstjóra. Kemur þetta fram í 2. og 3. mgr. 2. gr. eml.

Í Hæstaréttardómi 351/2008 kemur fram í héraðsdómnum að þar hafi verið tveir meðdómsmenn. Eftir lestur málsins má sjá að ýmsar skýrslur voru

¹⁹ Gunnar Hrafn Birgisson. (2009). Bls. 168.

²⁰ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 66-67.

²¹ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 66.



lagðar fyrir dómara svo sem sálfræðiskýrslur og fleiri álit. Meðdómsmenn í máli þessu voru tveir sálfræðingar sem ætla má að hafi hjálpað dómara við lestur og skilning á þessum skýrslum.

Í 2. mgr. 42. gr. bl. kemur fram að dómari geti leitað gagna sem hann þarf við úrlausn málsins. Einnig kemur fram í þessari grein að dómari geti kvatt til meðdómsmenn samkvæmt gildandi lögum. Er ljóst að við úrlausn forsjármála að dómari hafi ekki alltaf menntun og kunnáttu til að lesa og skilja gögnin sem eru til staðar í málinu til að geta tekið afstöðu til þeirra, getur sú staða því komið upp að kalla þurfi til sérfræðisálits til útskýringar á gögnunum. Sumar skýrslur og álitsgerðir sem upp koma vegna dómsmálsins geta verið auðlesnar og auðskildar, segja nákvæmlega til um kosti og galla sem fylgja ákveðinni tilhögun á forsjánni. Þá má ætla að dómari geti farið einn með málið og þurfi ekki að kveða til meðdómsmenn. En einnig geta sumar skýrslur verið erfiðar yfirlesningar sem og að skilja þær. Getur þá verið betra fyrir dómara að kalla til meðdómsmenn sem hafa skilning á því efni sem um ræðir og eru sérfræðingar á því sviði. Er þetta allt gert til að fá sem besta niðurstöðu í málinu, því hagsmunir málsins eru miklir, bæði fyrir barnið sem og forsjáraðila.

Dómari þarf að meta nokkur atriði til að geta tekið afstöðu í málinu. Til þess að meta gögn rétt og fá sem bestu niðurstöðu fyrir alla getur verið gott að fá meðdómsmenn til að dæma með sér ef almenn og lagalega þekking dómara er ekki næg. Aðalatriðin sem dómari þarf að meta eru: í fyrsta lagi hvort að málsaðilar hafi aflað fullnægjandi gagna. Eins og áður hefur komið fram í skýrslu þessari er ekki fullt málsforræði í forræðismálum. Það er að segja að dómari getur beðið um fleiri sönnunargögn ef honum finnst eitthvað vanta.

Í öðru lagi þarf dómari að geta metið, ef frekari gagnaöflun þarf að eiga sér stað, hvernig best er að haga henni. Á dómari sjálfur að sjá um gagnöflun t.d. með viðtali við barn eða eiga málsaðilar að koma með fleiri gögn til að útskýra mál sitt betur.²²

Í þriðja lagi verður dómari að geta skilið þær upplýsingar sem koma fram. Eins og áður er sagt þá eru sumar skýrslur sérfróðra manna nokkuð óljósar og geta verið erfiðar í lesningu. Dómari verður því að hafa þekkingu í að sækja sér þá aðstoð sem vantar ef þess þarf.²³

Meðdómendur hafa mikilvægu hlutverki að gegna. Þar sem þeir koma að gerð dómsins og hlutverk þeirra er meðal annars að útskýra þau gögn sem koma og að leitast eftir útskýringu ef

²² Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 39.

²³ Sigríður Ingvarsdóttir. (1996). Bls. 39.



þess þarf. Nauðsynlegt er því að þeir komi snemma inn í málið svo þeir séu jafn mikið inn í málinu eins og dómari sjálfur sbr. 1. og 2. mgr. 4. gr. eml.

Í 3. mgr. 4. gr. eml. kemur einnig fram að meðdómsmenn hafi sömu réttindi og sömu skyldur og dómsformaður. Meðdómsmenn skulu því taka þátt í gerð dómsins að öllu leyti. Dómsformaður stýrir þó dómnum og kveður einn upp úrskurðinn nema ef um frávísun sé að ræða. Dómsformaður er því, ef svo má að orði komast, andlit dómsins.

Meðdómsmenn geta því gegnt mikilvægu hlutverki þegar um forræðismál er að ræða. Forræðismál eru jú alltaf frekar viðkvæm mál og mikið er í húfi bæði fyrir barnið sem og forsjáradíla. Ekki er hér verið að segja að dómari hafi ekki þá þekkingu, reynslu eða kunnáttu sem þarf til að vera dómari. En öll erum við mismundandi að okkur á hinum ýmsu sviðum og því er gott að geta leitað til annarra aðila ef okkur vantar aðstoð, til þess eru meðdómsmenn í dómsmálum.

2.7. Aðgangur að gögnum

Samkvæmt ákvæðum réttarfarslaga geta lögin komið í veg fyrir að tiltekin gögn komi fram í máli. Bæði getur verið um að ræða gögn sem málsaðilar hafa sjálfir í höndum eða sem þriðji aðili hefur. Kemur þetta fram í 2. og 3. mgr. 67. gr. eml. aðili verður þó að skora á gagnaðila að sýna gögnin svo þetta nái fram að ganga. Hvort sem um er að ræða að gagnaðilinn sjálfur sé með skjalið undir höndum eða þriðji aðili. Þá er einnig hægt að kalla til sem vitni þriðja aðila vegna tiltekins skjals sbr. sömu grein. Ef skjalið aftur á móti inniheldur trúnaðarupplýsingar og því óheimilt að opinbera það fyrir dómnum í heild, getur dómari ákveðið að skjalið verði lagt fyrir hann sjálfan gegn þagnaskyldu. Dómari getur þá tekið afrit af skjalinu eða gert skýrslu um tiltekið atriði. Slík skjöl geta t.d. verið læknaskýrslur málsaðila eða aðrar álíka trúnaðarupplýsingar.

Almenna reglan í forræðismálum, sem og öðrum sem tengjast barnarétti, er sú að málsaðilum er heimilt að kynna sér þau gögn og skjöl sem liggja fyrir í málinu sbr. 75. gr. bl. Stjórnvaldinu er þó heimilt að takmarka aðgang að sumum gögnum sbr. upplýsingum um afstöðu barnsins ef hagsmunir barnsins eru taldir miklir.



2.8. Upplýsingaskylda þeirra aðila sem bundnir eru þagnarskyldu

Ýmsar lagareglur geta komið í veg fyrir að gagna er aflað í forræðismálum. Getur það verið t.d. vegna ýmissa starfstétta svo sem innan lækna-stéttarinnar eða sálfræðinga. Getur þetta komið í veg fyrir að dómari eða sérfræðilegur álitsgjafi geti aflað tiltekinna gagna sem þarf í málsmeðferðinni.

Í lögum um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins nr. 70/1996 kemur fram í 18. gr. að starfsmönnum sé skylt að gæta að þagnarskyldu í starfi, gildir þetta jafnvel þó svo að starfsmaður láti af störfum. Undir starfsmenn ríkisins falla t.d. kennarar, skólustjórnendur og fleiri starfsmenn sem eru tengdir skóla barnsins. Þessir aðilar hafa þó oft mikilvægar og veigamiklar upplýsingar um hvernig barninu líður. Hegðun barnsins í skólastarfi endurspeglar oft hvernig líðan þess er og auðvitað þá hvernig barninu líður heima hjá sér. Því getur hegðun barnsins í skóla gefið vísbendingar um hvernig heimilisaðstæður eru. Brot á 18. gr. laganna er refsivert skv. ákvæðum hegningarlaga sbr. 136. gr. laga nr. 19/1940.

Sálfræðingar eru í svipaðri stöðu en í 3. gr. laga um sálfræðinga nr. 40/1976 kemur fram að sálfræðingur sem og starfsmenn hans skuli sæta þagnarskyldu, einnig þó látið sé af störfum. Þar sem bæði börnin sem deilt er um sem og forsjáraðilar geta hafa farið til sálfræðings vegna einhvers sem tengt er forsjármálinu, er þó ekki hægt að nota þau gögn vegna þessara laga.

Félagsráðgjafar eru einnig aðilar sem umgangast börn og þeirra aðstæður mikið. Þeir eru einnig bundnir þagnarskyldu sbr. 6. gr. laga nr. 95/1990 um félagsráðgjöf. Að öðru leiti gilda lækna-lögin um félagsráðgjafa sbr. 8. gr. fyrrnefndra laga.

Læknar eru einnig bundnir þeirri þagnarskyldu sem gildir sbr. 15. gr. lækna-laga nr. 53/1988. Þar eru læknum skylt að gæta fyllstu þagnarskyldu og hindra að óviðkomandi fái upplýsingar um þá sjúklinga sem þeir hafa nema að brýn nauðsyn og rökstutt ástæða sé til. Einnig ef lög bjóða upp á annað. Í sömu lagagrein kemur fram að samþykki sjúklings sem er eldri en 16 ára leysi lækninn undan þagnarskyldu. Þagnarskyldan gildir einnig um aðra starfsmenn lækna-stéttarinnar.

Í lögum nr. 55/2009 um sjúkraskrár kemur fram í 3. mgr. 14. gr að ekki þurfi að afhenda sjúkraskrár umboðsmanns sjúklings eða sjúklingsins sjálfs ef læknir telur það ekki þjóna hagsmunum sjúklingsins. Ef sú staða kemur upp verður læknirinn án tafar að afhenda landlækni skrána til skoðunar og ákvörðunartöku. Sama má ætla að gildi um félagsráðgjafa þar sem í 8. gr. laga um félagsráðgjöf kemur fram að lækna-lögin gildi sem þeirra lög líka. Í



Því samhengi má benda á að 16. gr. lækna­laganna var breytt núna á árinu í lög nr. 55/2009 um sjúkraskrár. En 16. gr. lækna­laganna fjallaði áður um sjúkraskrár og meðferð þeirra. Því má ætla að þær starfsgreinar eins og félagráðgjafar falli einnig undir lög um sjúkraskrár.

Stjórnsýslulögin nr. 37/1993 hefta einnig upplýsingaöflun dóm­svaldsins. En þar segir í 17. gr. að þegar sérstaklega stendur á er stjórnvaldi heimilt að takmarka aðgang aðila máls að gögnum ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykja eiga að víkja fyrir ríkari almanna- eða einkahagsmunum. Þetta lagaákvæði getur því komið í veg fyrir að hægt sé að afla ákveðinna gagna frá stjórnvöldum sem hægt væri að nýta í dómsmáli.

Barnaverndarnefnd er bundin þessum sama trúnaði eins og fjallað hefur verið um að framan, en þau hafa þrátt fyrir það leyfi til að gefa dómara upplýsingar sem þarf til vegna dómsmáls. Í lögnum er ekki talað um þagnaskyldu beint eins og í áður­nefndum lögum en í stað þess orðs er talað um trúnað. Í 8. mgr. 4. gr. bvl. kemur fram að allir þeir sem vinna innan barnaverndar og að barnavernd skulu gæta fyllsta trúnaðar um hagi barnsins, foreldra og annarra sem aðild eiga að málinu og afskipti þarf að hafa að. Í 1. mgr. 45. gr. segir að barnaverndarnefnd geti afhent málsaðilum í té öll gögn er málið varða og koma til álita við úrlausn þess með nægilegum fyrirvara, ef trúnaðar sé tryggður. Það er að segja að barnaverndarnefnd má afhenda málsaðilum öll þau gögn sem hugsanlega geta komið upp við rannsókn nefndarinnar á málinu ef trúnaðar sé gætt. Þó verður að taka tillit til hér að þau gögn sem koma málinu ekki við þarf ekki að afhenda til málsaðila, einungis á hér við gögn sem koma dómsmálinu við.

Þrátt fyrir þagnaskyldu þeirra stétta og í þeim lögum sem hér hafa verið rakin þá kemur það skýrt og greinilega fram í 17. gr. bvl. að tilkynningarskylda hvíli á þeim aðilum sem afskipti hafa af börnum. Í áður­nefndri grein kemur skýrt og greinilega fram að þær stofnanir og þeir aðilar sem afskipti hafa af börnum beri að tilkynna til barnaverndarnefndar ef þeir telja að barnið búi við óviðunandi uppeldisskilyrði. Í 3. mgr. kemur einnig fram að upplýsingaskylda þessi gengur fram­ar lögum og reglum um þagnaskyldu innan þeirra stétta sem það á við. Einnig kemur fram í 44. gr. bvl. að upplýsingaskyldi hvílir á aðilum heilbrigðisstétta, stofnunum sem umgangast börnin eða barn hefur dvalist svo sem skólum, dagvistarheimilum eða félagsheimilum, sem og lögreglu og sakaskrá ríkisins um að afhenda barnaverndarnefnd gögn um mál sem nefndin hefur ákveðið að taka til rannsóknar. Sama er upp á borðinu hér eins og í 17. gr. að upplýsingaskylda þessara starfstétta kemur fram­ar lögum og reglum um þagnaskyldu þeirra.



Í Hæstaréttardómi 351/2008 er barnaverndarnefnd hluti að málinu. Því koma upplýsingar frá nefndinni um hagi barnanna sem notast er við í dómsmálinu. Eftir lesningu dómsins kemur þó ekkert fram sem segir til um einkahagi aðila málsins. Aðeins er fjallað um það sem viðkemur dómsmálinu sjálfu og nauðsynlegustu upplýsingar þar. Einnig er vert að nefna hér að þrátt fyrir að starfsmenn ríkisins eins og kennarar eru bundnir þagnaskyldu kom samt sem áður fram í dómnum að skólinn barnanna hefði gefið upplýsingar um betri aðbúnað eftir að börnin fluttu út af heimilinu. Því hefur 17. gr. bvl. verið notuð hér til að afla upplýsingar um aðbúnað barnanna. Vert er þó að nefna að samkvæmt dómnum (ekki er hægt að komast í dómsgögnin sjálf en ætti það ekki að skipta hér) hafi aðilar frá skólanum einungis sagt það sem skiptir máli og því ekki rofið þagnaskyldu sína.

Hér má í raun segja að þar sem þagnaskylda er bundin í lög og/eða reglur hjá sumum starfstéttum þarf ekki að þýða að hún gildi í málum þar sem börn eiga við. Barnaverndarnefnd getur hnekkt á þessum lögum ef hagsmunir barnsins eru í húfi. Í forræðismálum eru hagsmunir barnsins í húfi. En þó verður að lýta til þess að þrátt fyrir ákvæði bvl. er ekki þar með sagt að dómari í forræðismálum fái þær upplýsingar sem þeir vilja fá frá þeim starfstéttum sem bundnar eru þagnarskyldu. Verður að telja að sú þagnarskylda sem hér ríkir með lögum fari eftir málsatvikum hverju sinni. Ef um alvarlegt forræðismál er að ræða þ.e.a.s. þar sem ofbeldi, fíkniefnaneysla eða aðrar ástæður liggja fyrir hjá forsjáraðila eru meiri líkur á því að barnaverndarnefnd komi inn í málið og hún fái því upplýsingar frá þeim aðilum sem bundnir eru þagnarskyldu. En ef um venjuleg dómsmál er að ræða þar sem einungis er verið að dæma um forræði yfir börnum þar sem foreldrar eru að skilja eða þar sem enginn fíkniefnaneysla eða ofbeldi er til staðar, mætti ætla að ekki væri hægt svo auðveldlega að fá upplýsingar frá þeim starfstéttum sem bundnar eru þagnarskyldu.

3. Forsjá þegar annað foreldrið andast

Í lögnum kemur nokkuð skýrt fram hvað gerist þegar foreldri barns andast. Fjallað verður ýtarlega um 30. gr. bl. hér á eftir en hún segir til um það hvað gerist þegar andlát á forsjáraðila á sér stað.



3.1. Andlát kynforeldris þegar sameiginleg forsjá er til staðar

Um þetta fjallar í 1. mgr. 30. gr. bl. er hún nokkuð augljós en þar kemur fram að ef um sameiginlega forsjá er að ræða, fari forræðið til hins kynforeldris. Er þetta nokkuð augljóst og auðvelt þegar foreldrar búa saman. En þar sem það á sér ekki ávallt stað gildir samt sem áður sama regla. Það er að segja að við andlát annars kynforeldris fer forsjáin algjörlega yfir á hitt kynforeldrið og sambúðar maka hans ef því er að sæta.

Verður þetta nokkuð flóknara þegar til sambúðar annars foreldris kemur. En þegar foreldri fer í sambúð með öðrum aðila s.s. þriðja aðila málsins þá fær sá aðili einnig forsjá yfir barninu. Þetta er þó bundið ákveðnum skilyrðum sem koma fram í 3. mgr. 29. gr. bl. en þar kemur fram að ef ekki er um hjúskap²⁴ að ræða að þá verði staðfest eða sannanleg sambúð að hafa staðið í að minnsta kosti eitt ár. Sú tímasetning sem miðast er við er þegar sambúð hefur verið skráð í þjóðskrá.²⁵ Er þetta gert til þess að dagsetningin sé á hreinu með það fyrir augum að ekki myndist deila um það málefni. Þegar þessi staða kemur upp má því sjá að fjórir aðilar geta farið sameiginlega um forsjá barns. Vandast getur málið þegar annað kynforeldri fellur frá og spurning er um hver á virkilega að fá forræði yfir barninu. Þar sem barn býr meirihluta tímans á einu heimili, er gert ráð fyrir því í lögnum að það stjúpforeldri sem barnið býr hjá fái forræði yfir barninu ef andlát verður. Stjúpforeldri þetta hefur því forræðið yfir barninu á meðan leyst er úr þeirri stöðu sem upp er komin. Einnig hefur stjúpforeldri rétt á að krefjast forræði yfir barninu og er hægt að semja eða dæma um það ef það telst barninu fyrir bestu. Virðist þetta eiga einnig að gilda þrátt fyrir að um sameiginlega forsjá hafi verið að ræða.²⁶

Eftir þessu að dæma má því ætla að ef kynforeldrar fara sameiginlega með forsjána hverfi forsjáinn til eftirlifandi kynforeldris að öllu óröskuðu og án sérstakrar ákvörðunar. Ef aftur á móti stjúpforeldri er til staðar getur það sótt um og fengið forsjá yfir barninu ef stjúpforeldrið gerir kröfu um það. Um úrlausn ágreiningsins fer eftir 34. og 35. gr. bl.

3.2. Andlát kynforeldris sem fer eitt með forsjána en er þó í sambúð/hjúskap

Þegar aðeins annað foreldri fer með forsjá barns er það ekki eins flókið eins og þegar báðir foreldrar fara með forsjána þegar andlát á sér stað. Í þessum kafla ritgerðarinnar eins og kaflanum hér á undan er verið að tala um þegar kynforeldri er í sambúð eða hjúskap. Þegar sú staða er að kynforeldri fer eitt með forsjána en er jafnframt í sambúð með öðrum aðila þá fær

²⁴ Með hjúskap er átt við að foreldri og stjúpforeldri séu gift. Skráð sambúð á ekki við þegar um er að ræða hjúskap.

²⁵ Alht. Frumvarp til barnalaga nr. 76/2003. 128. Lögjafarþing 2002-2003. Þskj. 181—180. mál. Sótt þann 8 desember af <http://www.althingi.is/altxt/128/s/0181.html>.

²⁶ Davíð Þór Björgvinsson. (1995). Bls. 183.



stjúpforeldri forsjá barnsins við andlát sbr. 2. mgr. 30. gr. bl. Hér snýst dæmið, miðað við það sem er þegar sameiginleg forsjá kynforeldra er, en ef kynforeldri vill fá forsjána eftir andlát hins verður eftirlifandi kynforeldri að krefjast þess. Er þetta gert til að sem minnst röskun verði á högum barnsins og forsjárbreyting verði ekki umsvifalaust eftir andlát foreldris.²⁷ Eins er með hér að reglur 34. og 35. gr. bl. gilda ef kynforeldri ákveður að krefjast forsjár yfir barni sínu frá stjúpforeldri.

3.3. Andlát einstæðs foreldris

Þegar foreldri er einstætt, það er að segja ekki í sambúð eða gift öðrum aðila, gildir 3. mgr. 30. gr. bl. en þar kemur fram að ef foreldri hefur verið með forræði yfir barni og fellur frá þá fer forræðið yfir til hins kynforeldrisins sama hvort um sameiginlega forsjá er að ræða eða ekki. Talið er að þetta sé aðalreglan þegar ekki er stjúpforeldri sem tekur við forsjá barnsins. Þó eins og fram kemur í 4. mgr. 30. gr. bl. er hægt að óska eftir að einhver annar fái forsjá yfir barninu. Geta það verið vandamenn eða aðrir sem tengjast náíð foreldrinu sem og barninu. Er þetta þó þeim skilyrðum sett að hagsmunir barnsins eru í húfi og að sá aðili sé hæfur til að taka við forræði barnsins og að hagsmunum barnsins sé gætt í hvívetna.²⁸

3.4. Forsjá fer til barnaverndarnefndar

Upp getur komið það tilvik að enginn er til staðar til að taka við forsjá þegar foreldri deyr. Þegar átt er við að enginn sé til að taka við forsjá barnsins þá er átt við hitt foreldrið eða stjúpforeldri. Þegar sú staða kemur upp, fer forsjáin ósjálfrátt til barnaverndarnefndar sbr. 5. mgr. 30. gr. bl. Barnaverndarnefnd mun þá líklegast ráðstafa barninu í fóstur skv. XII. kafla bvl. Sé um varanlegt fóstur að ræða hjá fósturforeldrum hverfur forsjáin því til þeirra sbr. 2. mgr. 65. gr. bvl.

Einnig má benda hér á 32. gr. bvl. en þar kemur fram að barnaverndarnefnd sem tekur yfir forsjá barns vegna forsjárleysis, hlutast til að barninu verði skipaður lögráðamaður. Fjallað er um lögráðamenn þeirra sem eru ólögráða í 51. gr. lögræðislaganna nr. 71/1997, er þar talað um að foreldrar fari með forsjá barna sinna. Ekki er beint talað um barnaverndarnefnd í lögunum en má ætla skv. 5.-8. mgr. 51. gr. að það eigi við þegar barnaverndarnefnd er með forræði yfir barni eins og um ræðir hér.

²⁷ Alht. Frumvarp til barnalaga nr. 76/2003. 128. Löggjafarþing 2002-2003. Þskj. 181—180. mál. Sótt þann 8. desember af <http://www.althingi.is/altext/128/s/0181.html>.

²⁸ Davíð Þór Björgvinsson. (1995). Bls. 184.



3.5. Ákvörðum um forræði eftir andlát

Með núverandi barnalögum kom ný málsgrein inn í 30. gr. sem var ekki áður í barnalögum nr. 20/1992. Þetta eru tvær síðustu málsgreinarnar í 30. greininni. Byrjað verður að fjalla um 6. mgr. en hún gefur foreldrum kost á því að ákveða hver fær forræðið yfir börnunum eftir andlát þeirra. Var ákvæðið sett inn í lögina þar sem farið var að bera á því að forsjáforeldri geri slíkar yfirlýsingar. Eru þær gerðar í þeim tilgangi að forsjáforeldri upplýsi um mat þess á hvernig hagsmunum barnsins verði best borgið eftir andlát þess. Ber að fara eftir slíkri ákvörðun forsjáforeldris. Aðeins er hægt að líta fram hjá henni ef ákvörðunin er andstætt lögum eða ef hagsmunir barnsins er betur borgið annarstaðar. Var þetta ákvæði lagt til hliðstæðu lögræðislögunum en þar er fjallað um þann þátt lögráða sem felst í fjárhaldi barns sbr. umfjöllun sem fram hefur farið fyrir í lögunum.

Í 7. mgr. og þar með síðustu málsgrein 30. gr. er aðallega fjallað um það form sem á að vera á yfirlýsingu foreldris. Þar er tilgreint um hvernig slík yfirlýsing á að vera, hverjir skuli staðfesta hana og hvernig undirskrift foreldris skal háttað. Það er að segja að foreldri verður að þekkja undirskrift sína í viðurvist sýslumanns, héraðs- eða hæstaréttarlögmans eða skrifa undir í viðurvist þeirra.

4. Dómar og dómaframkvæmd

Því miður eru ekki til margir dómar um forræðismál vegna andláts annars foreldris. Líklegast hægt að segja sem betur fer en auðvitað koma þessi mál upp öðru hverju. En vegna þess að einungis finnast tvö mál hvort sem leitað er að Hæstaréttadómum eða héraðsdómum má ætla að öðrum málum sem upp hafa komið, hefur tekist að semja um forræðið. Þegar samið er um forræði er það mun betri kostur heldur en þegar þarf að fara fyrir dómstóla þar sem að vandamálið milli aðilanna sem sækja um forræðið leysist ekki s.s. að ennþá er rígur á milli forræðisaðila um sakarefnið. Velferð og sálarheill barnsins er heldur enginn trygging sett.²⁹ Þannig má líta á það sem kost að ekki hafa fundist fleiri dómar um þetta málefni.

4.1. Hæstaréttardómur 384/2000

Málavextir í Hæstaréttadómi 384/2000 eru þeir að um miðjan september 1996 lenti móðir³⁰ með barn³¹ sitt, sem fætt var sama ár, í umferðaslysi. Þ lét lífið en A lifði slysið

²⁹ Jónas Jóhannsson. (2006). Bls. 336.

³⁰ Hér eftir nefnd Þ.

³¹ Hér eftir nefnd A.



af. Þ og faðir³² A voru ekki saman þegar slysið átti sér stað, einnig var engin faðernisviðurkenning til vegna A. A fór því á vistheimili eftir að sjúkrahúsdvöl þess endað. Eftir að dómsmáli lauk um faðernisviðurkenningu á A þar sem í ljós kom að F var faðir þess fékk F forræðið yfir A. Móðurforeldrar A, þau X og Y, töldu að F væri ekki hæfur að fara með forræðið yfir A og stóðu því bréfaskriftir þeirra á milli vegna þessa. Komu þau einnig með þau rök að Þ hefði viljað að X og Y færu með forræðið yfir A, ef hún andaðist áður en A næði 18 ára aldri. Skýra þau það einnig með því að Þ hefði ekki gengið frá faðernisviðurkenningu eftir að A fæddist, Þ hefði ekki skráð sig í sambúð með F og Þ hefði einnig kennt barnið við sjálfa sig en ekki F.

F hafði þó þau rök að hann og Þ hefðu verið í sambúð. Samkvæmt barnalögnum verður að geta til um sambúð í hjóðskrá eða að ótvíræð gögn liggi fyrir að öðru leiti. Taldi F svo vera þar sem húseigandi íbúðar sem F og Þ leigðu saman þegar A fæddist studdi það.

Einnig kemur fram í dómsgögnum að F og Þ hefðu sameiginlega verið með framfærslu fjölskyldunnar, F hafði hjálpað Þ við vinnu sína, F hafði einnig verið viðstaddur fæðingu A sem og farið með Þ í mæðraskoðun. Telur dómurinn því ljóst að F og Þ hafi verið í sambúð á þeim tíma sem um ræðir. Í 30. gr. bl. er tæmandi talið hver fer með forræði yfir barni þegar foreldri lætur lífið og kemur þar glögglega í ljós í 1. mgr. að eftirlifandi foreldri fari með forræði barnsins eftir andlát hins foreldris ef um sambúð er að ræða. Dómurinn dæmdi því forræðið til F.

Eins og kemur fram í dómnum taldi bæði héraðsdómur og Hæstiréttur að sannað þótti að F og Þ væri í sambúð á þeim tíma er A fæddist. Ljóst þótti því að F hafi verið með sameiginlega forsjá með Þ þegar Þ lætur lífið í umferðarslysinu. A varð því ekki forsjárlaus og því gátu móðurforeldrar A ekki sótt um forræði á honum skv. 4.-6. mgr. 30. gr. bl.

Ef dómurinn væri færður til um nokkur ár eða til 2003 þegar núverandi barnalög tóku gildi má ætla að málið hefði farið aðeins öðruvísi. Í dómsniðurstöðum er vísað í 1. mgr. 30. gr. eldri barnalaga sem og 1. mgr. 31. gr. sömu laga. Í núverandi barnalögum eru þessar greinar með örlitlum breytingum í 29. gr og 30. gr. Ef bornar eru saman 30. gr. eldri laga og 29. gr. núverandi laga má sjá að ekki er mikill munur þar á, hvað þetta tiltekna mál varðar. Þó er þar ein lítil en jafnframt stór breyting. En orðalagi greinarinnar var breytt frá því að foreldrar barns þyrftu að búa saman til að fara sameiginlega með forsjá í að foreldrar þyrftu nú að vera í

³² Hér eftir nefndur F.



skráðri sambúð. Gerir þetta það að verkum í þessum dómi að barnið sem um ræðir hefði orðið forsjalaust og því gæti krafa móðurforeldra haft meiri rétt á sér og dómurinn hefði getað farið öðruvísi þar sem að móðirin fór ein með forsjánnu skv. núgildandi lögum.

Eins og áður hefur komið fram í ritgerð þessari þá hefur 31. gr. eldri barnalagana breyst. Ef dómurinn hefði verið dæmdur eftir núgildandi lögum, gæti hafa verið meiri möguleiki fyrir móðurforeldra barnsins að fá forræðið. Má það ráðast að því að móðir fór ein með forræðið og ef rök móðurforeldranna væru nógu og góð gæti verið tekið mark á þeim. Gætu þeir hafa nýtt sér athafnaleysi móðurinnar að feðra ekki barnið sem dæmi um vilja hennar að faðirinn fái ekki forræðið. Þrátt fyrir þetta yrði þó nokkuð óljóst hvað dómurinn hefði viljað. Faðirinn hefði getað reynt að sanna að sambúð hafi verið til staðar. Óvíst er því hvað dómurinn hefði dæmt eftir hvaða málurök liggja fyrir. Má þó staðhæfa að málið hefði verið rekið öðruvísi ef núgildandi lög hefði verið í gildi þegar málið átti sér stað.

Ekki reyndi hér á það að þriðji aðili fengi forsjá yfir barninu við andlát móður. Einnig er ekki hægt að taka þennan dóm sem einsdæmi um þá þróun sem er í forræðismálum barna við andlát. Þar sem aðeins einn dómur annar hefur fundist og þær dómssættir sem gerðar hafa verið eru lokaðar fyrir almenningi er í raun ekki hægt að draga upp eina ákveðna mynd á því hvernig forsjármálum er almennt hátað þegar andlát á sér stað.

4.2. Hæstiréttardómur 262/2002

Í Hæstaréttardómi 262/2002 er einnig fjallaðu um forsjá vegna andláts. Málavextir eru þeir að móðir³³ barnsins³⁴ lést vegna sjúkdóms í nóvember mánuði árið 1998. Í febrúar mánuði árið 1997 var Ó dæmd forsjá yfir A, eftir forræðisdeilu við faðir³⁵ þess. Sama ár í júní mánuði skrifaði Ó undir þá yfirlýsingu að hún vildi að dóttir sín, X, færi með umsjá yfir A á meðan á veikindum Ó stæði. Einnig að ef Ó myndi falla frá væri það einlægur vilji hennar að X fengi forræði yfir A.

Ó undirritaði aðra yfirlýsingu í nóvember mánuði árið 1998 aðeins 16 dögum fyrir andlát sitt. Þar kemur fram skýr og greinilegur vilji Ó fyrir að X fái forræði yfir A sem og verði fjárhaldsmaður A ef Ó fellur frá áður en A verður lögráða. Ó tekur þar tvímælalaust fram að hún telji X hæfasta til að fara með forræði yfir dóttur sinni A og sé yfirlýsingin gerð til að gætt hagsmuna A. Telji Ó að M sé óreglumadur og sé ekki hæfur

³³ Hér eftir nefnd Ó.

³⁴ Hér eftir nefnd A.

³⁵ Hér eftir nefndur M.



til að fara með forræði A og vitnar því til stuðnings í gögn hjá Barnaverndarnefnd G sem og gögn hjá ríkislögreglustjóra.

Eftir andlát Ó fór A til M og bjó hjá honum lengst af við misjafnt atlæti, en hann var drykkjumaður. Barnaverndarnefndir í þremur sveitfélögum þurftu vegna þessa að hafa afskipti af heimili M meðan A dvaldist þar. Í nóvember mánuði árið 2001 skrifaði M undir yfirlýsingu þess efnis að bróðurdóttir hans, fengi A í varanlegt fóstur. Forsjáin færi þá til barnaverndarnefndar.

Til að fá sem besta og skýrasta niðurstöðu af málinu með hagsmuni barnsins að leiðarljósi voru tveir sérfræðingar dómkvaddir til að fá ítarlegt mat á hæfni aðila og hvað A sjálf vildi gera. Kemur sterklega fram í mati sérfræðingana að A vilji vera hjá systur sinni X og manningum hennar Y og búa hjá þeim. A vill ekki vera hjá M og sagði að sér líði illa hjá honum. Einnig kemur fram hræðsla hjá A þar sem að hún vildi ekki að M fái að vita um þessa ósk sína að búa hjá X og Y. Dómur héraðsdóms fór á þá leið að X og Y var dæmd forsjáin yfir A og þar með var sú forsjá sem barnaverndarnefnd hafði felld niður.

Dómur hæstaréttar er nokkuð furðulegur með vísan til málsatvika í héraðsdómi. En eins og áður var sagt þá gaf M forræði A til barnaverndarnefndar með yfirlýsingu sinni í nóvember árið 2001. Þrátt fyrir þetta og þar með að segja sig frá málinu þar sem hann er ekki með forræði yfir A þá skaut hann málinu til Hæstaréttar. Hæstiréttur vísaði málinu því frá og þar með hélst niðurstaða héraðsdóms að X og Y fari með forræði yfir A.

Hér hefur komið skýr vilji fram hjá móður að láta dóttur sína fá forræðið yfir yngri dóttur sinni. Þrátt fyrir það fékk eldri dóttirin, X, ekki forræðið strax. Vert er að benda á hér að nágildandi barnalög höfðu ekki tekið í gildi þegar dómurinn féll og því var dæmt eftir eldri barnalögum nr. 20/1992. Getur verið að þessi dómur hafi verið eins konar tímamótadómur upp á það að gera að inn í núverandi lög bættist við sú málsgrein í 30. gr. að forsjárforeldri geti ákveðið hver eða hverjir fari með forsjá barnsins að þeim látnum.³⁶ Samkvæmt greinagerð laganna kemur fram að tilgangur þessarar málsgreinar sé að upplýsa um það mat forsjárforelda hvað það telur best fyrir barnið.³⁷ Einnig kemur fram í athugasemdum

³⁶ 30. gr. núverandi barnalaga er samsvarar 31. gr. eldri barnalaga nr. 20/1992.

³⁷ Alþt. Frumvarp til barnalaga nr. 76/2003. 128. Löggjafarþing. Þskj. 181—180. mál. Sótt þann 11. desember af <http://www.althingi.is/altxt/128/s/0181.html>.



frumvarpsins að sifjalaganefnd³⁸ taldi að þörf væri á ákvæði þar sem forsjáforeldri gæti ákveðið hver fengi forsjá þess við andlát sitt. Einnig er vert að benda á að 51. gr. lögræðislaganna gerir ráð fyrir að álíka ákvæði sé í barnalögunum.³⁹

Vegna þessa nýja ákvæðis má ætla að þessi dómur sem hér hefur komið fram að hann hafi markað tímamót og gefi gott fordæmi upp á það að gera að þriðji aðili getur fengið forræði yfir barni eftir andlát forsjáforeldris. Ef einnig kemur fram ósk forsjáforeldris fyrir andlát ber að virða hana svo lengi sem hún stangast ekki á við lög. Má ætla að ef þessi dómur er færður fram í tímann eða þar til að nýju lögin tóku gildi að þá hefði ekki orðið dómsmál þar sem forræðið yfir A hefði strax farið til X en ekki til M eins og það gerði vegna þágildandi laga. Sérstaklega þegar litið er til þess að Ó og M höfðu fyrr rekið forræðismál fyrir dómstóla þar sem Ó fékk forræðið, M hafði því ekki forræðið þar sem skýrt kemur fram í 2. mgr. 34. gr. þar sem mælt er fyrir að í dómi er ekki hægt að dæma um sameiginlega forsjá. Við lesningu dómsins kom skýrt fram að Ó hafi ekki viljað sameiginlega forsjá og því ekki forsenda fyrir henni hér, má því ætla að Ó hafi farið ein með forsjána. Með tilkomu 6. mgr. 30. gr. bl. hafi dómstólar komið í veg fyrir mál eins og sagt er frá hér að framan og þar með komið í veg fyrir óþarfa fjárútlát.⁴⁰ Einnig er líklegt að það álag sem liggur á aðilum máls geti ekki talist gott og því mjög gott ef hægt er að sleppa við það erfiði sem forræðismál geta verið. Þrátt fyrir það hafa nokkrir dómar fallið þar sem þriðji aðili hefur fengið forræði yfir barni og má þá líklegast sjá þá dómaframkvæmd sem höfð er að leiðarljósi hér á landi, forræðismál við andlát eru jú líka forræðismál.

4.3. Hæstiréttardómur 273/2000

Eins og áður hefur verið sagt þá hafa aðrir dómar ekki fundist þegar andlát á sér stað í forsjármálum. Því verður litið til dóms sem er sérstakur að mati höfundar.

Í dómi Hæstaréttar nr. 273/2000 fer faðir⁴¹ með forsjá barnanna A og B. Þegar K og M skildu hafði B þá þegar verið sendur í fóstur. Stuttu eftir skilnað M og K, komst M að því að hann hafði ekki tök á því að hafa A hjá sér eins og ráðgert hafði verið og hugðist því senda hana í fóstur til C og D sem var og gert. Síðar sóttu C og D um forsjá yfir A,

³⁸Nefnd sem sá um að endurskoða barnalögin.

³⁹Alþt. Frumvarp til barnalaga nr. 76/2003. 128. Löggjafarþing. Þskj. 181—180. mál. Sótt þann 11. desember af <http://www.althingi.is/altext/128/s/0181.html>.

⁴⁰Vísu má hér í Jónas Jóhannsson, en hann segir á bls. 341 í grein sinni Hafnarfjarðarleiðin að kostnaður vegna forræðismála geti numið vel yfir 5.000.000 króna.

⁴¹Hér eftir nefndur M.



en þegar það barst til M var hann mótfallinn því og taldi að umgengni sem samið hefði verið um væri brostin. Sama taldi K að hafi gerst en hún hafði ákveðin umgengnisrétt miðað við samkomulag sem gert hafi verið. Var viðtal tekið við alla aðila málsins og var niðurstaðan sú að M og K voru bæði hæf til að fara með forræði A. C og D voru að mati sálfræðings með ágætum til að ala upp A. A lýsti því, þrátt fyrir ungan aldur, að hún beri mikla væntumþykju til fósturforeldra sinna og vill ekki breytingar á högum sínum. M upplýsti einnig fyrir dómi að hann vildi ekki raska högum A og vildi halda því fyrirkomulagi sem hafði verið s.s. að M væri með forræði yfir A en A væri þrátt fyrir það í fóstri hjá C og D. Taldi héraðsdómur það einnig réttast og M hélt forræðinu yfir A. Staðfesti Hæstiréttur dóminn.

Er dómurinn hér að ofan nokkuð merkilegur fyrir þær sakir að báðir foreldrar eru taldi hæfir en samt sem áður er dómurinn hlynntur því að forræðið fari til M þrátt fyrir að vita í raun að C og D muni ala A upp. Margar reglur sem skrifað var um í 2. kafla ritgerðarinnar koma fram í þessum dómi. Sem dæmi má nefna að dómari kallar til sérfræðinga til að taka viðtal við aðila málsins og dómari aflar með því sönnunargagna. Einnig var tekið viðtal við barnið sem hefur þar af leiðandi áhrif á dómsniðurstöðuna þrátt fyrir að vera ekki beinn aðili málsins.

Í þessum dómi var aðallega verið að dæma skv. 2. mgr. 34. gr. og 1. mgr. 35. gr. eldri barnalaga, í núverandi barnalögum er ekki að finna 35. gr. eldri barnalaga. Fjallar greinin um það ef annað foreldrið vill fara í forsjámál, þar er einnig sagt að breyting á, þykir einungis réttmæt ef breyttar aðstæður hafa orðið og þá með tilliti til haga og þarfa barnsins. Er í raun verið að segja þarna að gæta þurfi hagsmuna barnsins, en það er skýrt og greinilegt í núverandi barnalögum að hagir barnsins og þarfir þess skuli ávalt vera í fyrirrúmi í dómsmáli.

Ef við færum dóminn fram til dagsins í dag, það er að segja með núgildandi lögum. Má ætla að sama niðurstaða hefði fengist. Þær lagagreinar og þau dómsrök sem koma fram í dómnum hafa ekki breyst það mikið í núgildandi lögum. Í þessu máli voru fósturforeldrar sem höfðu forsjána yfir barninu, voru þeir taldir hæfastir til að sjá um barnið. Hagir barnsins og vilji þess réð því mestum úrslitum við úrlausn málsins. Þrátt fyrir að 1. mgr. 35. gr. sé ekki að finna í nýju lögunum má ætla að dómari hafi mest litið til þess í greininni sem segir til um að hafa hagsmunir barnsins að leiðarljós en það er ein meginregla barnaréttar og kemur fram að hagsmunir barnsins séu í fyrir rúmi hvort sem er í bl. eða bvl. Má því ætla að ef dómurinn hefði verið kveðinn upp í samræmi við núgildandi lög hefði niðurstaðan verið sú sama.



5. Hafnarfjarðarleiðin

Sáttameðferð er oftast betri kostur þegar deilt er í forsjármálum. Oft þegar sættir eru reyndar endar það með sameiginlegri forsjá. Þetta leiðir til þess að barnið nær að rækta samband sitt við báðar fjölskyldur sínar og foreldrar leggja sig oftast fram við að haldast sátt við hitt foreldrið. Má sjá þetta glögglega þegar litið er til héraðsdóms Reykjaness en í 142 forsjár- og umgengismálum náðist sættir í 106 málum á árunum 1999-2005.⁴²

Jónas Jóhannsson, héraðsdómari við héraðsdóm Reykjaness, kynnir nýlega leið í dómaframkvæmt hér á landi í grein sinni Hafnarfjarðarleiðin. En þar nefnir hann þrjár leiðir til dómssátta í forræðismálum. Lítillega verður farið í þær hér þar sem má ætla að hér sé nokkuð góð hugmynd á ferð.

Með allar leiðirnar þrjár er reynt að hafa þinghaldið eins stutt og mögulegt er sbr. 3. mgr. 38. gr. bl.

5.1. Leið eitt

Í fyrstu leiðinni er reynt með sáttarþinghöldum að koma á sáttum á milli foreldra. Dómari⁴³ boðar aðila til sín á fund fljótlega eftir að úthlutun hefur farið fram. Dómari tekur ekki mark á ummælum lögfræðinga aðila um að sættir milli aðila séu útilokaðir. Dómari verður hér að vera „þrjúskari“ en foreldrarnir og með það fyrir augum að barnið sé ávallt haft í fyrirrúmi. Ekki er til nein sérstök aðferð við að byrja sættir við þinghald, heldur verður að spila eftir hendinni s.s. meta hvert mál fyrir sig. Dómari reynir þó alltaf að draga skíra línu á milli fortíðar, nútíðar og framtíðar. Er það aðallega til að foreldrar gleymi sér ekki í þeim særindum og reiði sem ríkt getur í fortíðinni. Dómari kynnir sér málið nokkuð vel áður en sáttarmeðferð hefst. Þannig getur hann ákveðið hvort að hann byrji á báðum foreldrum samtímis eða fái aðeins annað þeirra í einu. Fær dómari þá sjónarmið hvors foreldris fyrir sig og getur þar með áttað sig betur á stöðu málsins. Eftir að dómari hefur rætt við málsaðila færir hann þá saman og kynnir þeim niðurstöður sína. Ekki er einungis verið að tala um eitt skipti hér, getur verið að dómari þurfi nokkrum sinnum að tala við báða aðila í sitthvoru lagi og þá í leiðinni kynnir hann tillögur sínar fyrir aðilum málsins.

Ef ekki nást sættir eftir fyrsta þinghald er reynd aftur innan nokkra daga. Það gefur aðilum málsins tíma til að átta sig betur á þeirri stöðu sem komin er upp, hugsa um hvað þeir eru

⁴² Gunnar Hrafn Birgisson. (2009). Bls. 189.

⁴³ Í greininni segir Jónas frá eins og hann hafi einn prófað leiðina. Ekki fundust fleiri heimildir um Hafnarfjarðarleiðin.



tilbúinir til að láta eftir og hvaða lausnir þeir geta komið með á næsta þinghaldi. Oftast nást sættir við annað þinghald en ef það næst ekki er boðað til þriðja þinghalds.⁴⁴ Sáttarþinghöld sem þessi fara ávalt fram utan dómssalsins og er í raun ekki almennt þinghald, sem dæmi að dómari er ekki í hinni hefðbundnu skikkju eða ber önnur merki um vald.⁴⁵

5.2. Leið tvö

Í leið tvö er farin sú leið að dómari leggur til að fá dómkvaddan sérfróðan matsmann til að skoða persónulega eiginleika og hagi hvors aðila fyrir sig, hvað barnið vill og hæfni forsjáraðila sem uppalendur. Matsmaður er einnig oft spurður hvaða leið hann telji besta í stöðunni, s.s. hvernig best sé að háttá forsjánni, umgengnisrétti barnsins og þess háttar.

Ef annað foreldrið telur sig hafa „tapað“ í matsgerðinni getur hann krafist yfirmatsgerðar og eru þá kallaðir til tveir sálfræðingar sem meta sömu þætti og undirmatsmaður gerði. Þegar matsgerðirnar liggja fyrir, yfirleitt innan 2-4 mánaða hefst þinghald fyrir fullum dómi. Dómari tekur yfirleitt með sér aðra tvo til að fá sem bestan og mestan skilning á því efni sem honum er rétt í hendurnar. Eftir skýrslutöku á aðalmeðferðardegi eru aftur reyndar sættir, ef sættir nást ekki verður að kveða upp dóm í málinu.

Gallinn við leið tvö er að hún getur tekið afar langan tíma, sést það að undirmatsmaður getur tekið allt að 4 mánuði í skýrslu sína. Eftir það getur komið til þess að yfirmatsmenn geri sömu skýrslu sem tekur einnig tíma. Ef sættir nást ekki eftir að matsmenn hafa skilað skýrslu sinni, sem er afar sjaldgæft nema ef skýrslur matsmanna eru ekki eins, getur liðið allt að sex vikur þar til þinghald verður haldið. Allt í allt getur því leið tvö tekið allt að sex mánuði ef tekið er tillit til aðeins tveggja vikna biðtíma á milli. Einnig er leið tvö mjög dýr hvort sem er fyrir ríkið þegar um gjafamál er að ræða eða fyrir forsjáraðilana. Kostnaður við leið tvö getur því hæglega farið yfir eina milljón hjá hvorum aðila fyrir sig. Einnig er það dýru verði keypt að aðilar málsins sem og barnið þurfa að hanga í lausu lofti og vita ekki hvað framtíðin ber í skauti sér.⁴⁶

5.3. Leið þrjú

Í leið þrjú er skoðun barnsins aðallega skoðuð. Hún er oftast farin þegar má ætla að sættir forsjáraðila náist eftir fyrsta eða annað þinghald. Þá er barnið spurt hver skoðun þess er, að forsjáraðilum forspurðum og að þeir séu samþykktir því að barnið segi sína skoðun. Skiptir

⁴⁴ Í greininni er ekki nefnt neitt loka þinghald s.s. hvort að sáttarþinghald sé haldið endalaust áfram eða hvort að almennt dómsmál sé höfðað eftir þriðja sáttarþing.

⁴⁵ Jónas Jóhannsson. (2006). Bls. 331-334.

⁴⁶ Jónas Jóhannsson. (2006). Bls. 335-337.



hér aldur og þroski barnsins miklu máli, yfirleitt er rætt við börn sem eru eldri en níu ára en eftir atvikum börn frá sex til átta ára, sjaldan er rætt við yngri börn en það.

Barnið er þó ekki spurt beint út hvað því finnst og hvað það vill. Getur barnið þá orðið frekar ruglað og ekki vita hverju á að svara. Fenginn er því oftast sálfræðingur til að ræða við barnið til að fá sem bestu útkomuna. Sálfræðingnum er því færð þau málsgögn sem eru í málinu til undirbúnings. Þegar til viðtalsins kemur, reynir dómari að létta andrúmsloftið með því að sýna barninu dómshúsið, jafnvel að leifa því að setjast í dómarsætið. Dómari telur mikilvægt að barnið komið með báðum foreldrum svo barnið sjái og finni að báðir foreldrar eru sammála því að barnið tali við dómara og sálfræðing. Meðan á viðtalinu stendur er brýnt fyrir barninu að það þurfi ekki að taka afstöðu til hvors foreldris það verður hjá og að þetta sé ekki neitt leyndarmál. Einnig að það er ávallt dómari sem hefur síðasta orðið og afstaða barnsins muni ekki hafa úrslitaráhrif á niðurstöðu forsjáragreiningsins.

Eftir viðtalið vinnur sálfræðingur skýrslu um málið. Dómari færir lögmönnum svo skýrsluna og boðar til nýs þinghalds. Sálfræðingur er yfirleitt með dómara á þessu þinghaldi til að svara spurningum sem upp geta komið, en aðilar málsins eru venjulega búnir að kynna sér til þaula efni skýrslunnar.⁴⁷

Afrakstur slíkra vinnubragða sem Hafnarfjarðarleiðin er, að ekki er skorið á þann hnút sem forræðisdeila er. Einnig að foreldrar fara sáttir frá borðinu og eru sáttir með þá málamiðlun sem hefur farið fram. Í raun að enginn hefur „tapað“ málinu. Aðeins einu sinni hefur það komið fyrir þegar eitthvað af þessum leiðum er valin að dómsátt hefur sprungið og aðilar málsins hafi farið aftur í forsjármál. Samkvæmt þeim tölum sem liggja fyrir má sjá að aukning hefur verið að dómsátt náist.⁴⁸ Því má ætla miðað við þær tölur og að aðeins ein dómsátt hafi sprungið að Hafnarfjarðarleiðin sé nokkuð góð þegar barist er í forsjármáli.⁴⁹

⁴⁷ Jónas Jóhannsson. (2006). Bls. 337-339.

⁴⁸ Sjá fylgiskjal eitt

⁴⁹ Jónas Jóhannsson. (2006) Bls. 339-341.



6. Niðurstöður

Ýmsum reglum er beitt í forræðismálum. Bótaregla skaðabótaréttar er ein af þeim stærstu, kveður hún á um að aðilar málsins ráða sjálfir sakarefninu. Reglan bindur því dómara til að dæma eftir þeim kröfum sem málsaðilar leggja fram og getur ekki dæmt út fyrir þær. Þrátt fyrir það, er dómari ekki bundinn af málsástæðum málsaðila sbr. 2. mgr. 41. gr. bl. Þetta leiðir þó ekki af sér að dómari geti dæmt eins og honum sýnist því dómari er einnig bundin 2. mgr. 34. gr. bl. sem kveður á um það að dómari geti ekki dæmt sameiginlega forsjá. Dómari verður því að dæma forsjána til annars hvors forsjáraðila, með hagsmuni barnsins að leiðarsljós.

Málsforræðisreglan er mjög lík sakarforræðisreglunni, hún hljóðar samt sem áður upp á að málsaðilar ráða hvernig þeir haga sönnunarfærslunni. Grundvallarhugsunin er sú að dómari geti ekki gripið inn í og jafnvel þar af leiðandi stefnd hlutdrægu mati sínu í hættu. Sama og með sakarforræðisregluna er málsforræðisreglunni hnykkt í barnalögunum. Í 41. gr. bl. segir að dómari sé ekki bundinn af málsástæðum aðila, það er að segja að dómari geti aflað gagna sjálfur. Sönnunarreglurnar er álíka, það er að segja að þær hafa ekki sömu meiningu í forsjármálum og öðrum einkamálum. Í almennum einkamálum er dómari ekki bundinn af sönnunum og getur hann vísað máli frá vegna skorts á sönnunum. Er það þá málsaðila að bera hallann af því. Sönnunarfærslan í forsjármálum lýtur því að hvað barninu sé fyrir bestu. Dómari er bundinn af málsástæðum aðila og getur ekki dæmt út fyrir það þrátt fyrir gögn sem gætu komið inn í máli, auðvitað með tilliti til hagsmuna barnsins. Sönnunarreglan um sönnunarstöðu málsaðila er einnig öðruvísi háttað í forsjármálum heldur en í almennum málum. En vegna 42. gr. bl. hefur dómari rétt til að afla gagna sjálfur. Er því mjög ólíklegt að máli sé vísað frá vegna skorts á sönnunargögnum. Aðilar málsins geta þó borið halla af sönnunarbirgði ef þeir neita að gefa ákveðin gögn. Þriðja sönnunarreglan er í raun mat dómara á þeim gögnum sem eru í málinu. Mat hans fellst í því að sjá út hvað eru mikilvæg gögn og hvaða gögn eru ekki eins mikilvæg.

Vitnaskylda er hér á landi, þýðir það að öllum ber skylda að bera vitni í málum. Undantekning er í forsjármálum miðað við önnur einkamál. Forsjármál eru auðvitað mjög viðkvæm mál og mikið af trúnaðarupplýsingum sem koma þar fram. Margar stéttir sem standa barninu næst svo sem kennarar, skólasálfræðingar og fleiri eru bundnir þagnaskyldu í starfi sínu. Dómari getur þó hnekkst á þessu skv. 3. mgr. 53. gr. eml. ef hann telur hagsmuni barnsins umfram hagsmuni vitnisins.



Vegna sönnunarreglanna þá ber dómari ríkari leiðbeiningarskyldu en ella í gagnasöfnun. Svo að mál geti gengið sem best fyrir sig er mjög gott að dómari verði í sambandi við lögmann og málsaðila vegna gagnaöflunar. Það er að segja að dómari geti bent málsaðilum á að afla frekari gagna ef hann telur svo. Einnig hefur dómari vald til að afla gagna sjálfur sbr. 41. gr. Gerir þetta að dómari hefur ríkari leiðbeiningarskyldu að allra gagna sé aflað í málinu. Í þessum samhengi má nefna að meðdómsmenn eru oft kallaðir til í forræðisdeilu. Málsgögn eru oft skýrslur og álit sérfræðinga svo sem sálfræðinga eða annarra stétta. Getur þetta valdið því að torlesnar skýrslur liggja fyrir dómara, jafnvel skýrslur sem dómari skilur ekki. Til að fá sem bestu og réttustu niðurstöðu fyrir barnið verður dómari að skilja skýrslur sem hann er með í höndunum. Því koma meðdómendur að góðu.

Í 30. gr. bl. er fjallað um þegar andlát foreldris á sér stað. Lögin eru nokkuð skýr þegar kemur að þessum hluta málsins, enda mikið í húfi. Hagsmunir barnsins eiga ávallt að vera í fyrirrúmi. Ef foreldrar eru í sambúð eða hjónabandi þegar annar aðilinn fellur frá færast forræðið augljóslega yfir á hitt foreldrið. En ef foreldrar eru ekki í sambúð/hjónabandi vandast málin. Ef stjúppforeldri er til staðar getur forræðið færst til þess. Sérstaklega strax eftir andlát til að raska högum barnsins ekki mikið. Einnig fer eftir því hvort aðilinn sem andast er með fullt forræði eða ekki. Ef enginn forsjáradill er til staðar fer forsjáin til barnaverndarnefndar. Einnig getur forsjáradillinn sem andast gefið út yfirlýsingu áður. Verður að taka tillit til þeirrar yfirlýsingar ef rétt er staðið að henni sbr. 6.-7.mgr. 30. gr. bl.

Dómar í forsjármálum vegna andláts eru ekki margir, sem betur fer. En þrátt fyrir að hafa fundið einungis tvo dóma þá kemur fram í þeim að hvert mál er metið fyrir sig. Báðir hafa þeir verið dæmdir áður en ný lög komu út, þ.e.a.s. lög nr. 76/2003. Í dómi 384/2000, eins og rakið er hér áður, varð sönnunin um það hvort að foreldrar barnsins hafi verið í sambúð þegar barnið, A, fæddist. Var niðurstaða dómsins að svo væri. Fékk því faðir A forræðið yfir henni en ekki móðurforeldar s.s. þriðji aðilinn. Í seinna málinu nr. 262/2002 setti dómurinn í raun fordæmi. En þar var tekist á um hvort faðir sem ekki hafði forsjána fyrir andlát móður ætti að fá forsjána eða ekki, sbr. umfjöllun í kafla 3.2. ritgerðarinnar. Í því máli lá fyrir yfirlýsing móður að hún vildi að dóttir sín fengi forræði yfir yngri dóttur sinni, A. Eftir að faðirinn fékk forræðið yfir A skv. þágildandi barnalögum nr. 20/1992, þurfti barnaverndarnefnd nokkuð oft að skipta sér af föðurnum vegna barnsins. Var því talið vegna þessa sem og yfirlýsingar móður A að eldri systir A væri hæfari að fara með forræðið. Dómurinn kvaddi til tvo sérfræðinga til að meta hæfi hvors uppalenda fyrir sig. Fellur þessi dómur stuttu áður en ný



lög voru sett en þar kom fram ný grein um að foreldrar gætu gert yfirlýsingu eins og móðir A gerði og vert sé að fara eftir því ef andlát bera að.

Annar Hæstaréttadómur, sem höfundur taldi merkilegur, nr. 273/2000 en þar skildu foreldrar barnanna. Ekki var um andlát að ræða, en þar fer föður með forsjána en fósturarnið út á landi hjá þriðja aðila. Dómurinn taldi að þrátt fyrir þetta fyrirkomulag föðursins og að hugsa ekki sjálfur um barnið sé faðirinn hæfari en móðir. En voru þau talin jafnvíg við athugun sérfræðinga en fósturforeldrar barnsins stóðu upp úr. Forsjáin var því áfram dæmt til föðursins sem síðan sendi barnið í fóstur. Bæði faðir og móðir sömdu þó þannig að þau ættu rétt á umgengni við A.

Í þessu samhengi s.s. vegna forsjármála er vert að nefna mjög áhugaverðar leiðir. Saman kallast þær Hafnarfjarðarleiðin. En þar er reynt, áður en forsjáraðilar fara fyrir dóm, að semja og gera þar af leiðandi dómssátt. Þrátt fyrir að í byrjun máls séu forsjáraðilar svartsýnir á að sættir náist, hefur það tekst. Aðeins er vitað um eina dómssátt sem hefur sprungið þegar þessi leið er valin. Hafnarfjarðarleiðin felur í sér að rætt er við aðila málsins, hvort heldur foreldra, sérfræðinga sem fengnir eru til að gefa álit eða barnið sem deilan snýst um. Leiðir þetta til þess að vandamálið leysist, það er að segja reynt er að fá málsaðila til að horfa fram hjá fortíðinni og líta í nútímann og horfa til framtíðar með hagsmuni barnsins að leiðarljósi. Verður þetta til þess að ekki er skorið á hnút eins og gerst getur í dómsmáli, heldur fara málsaðilar sáttir frá borði og geta frekar unað úrskurðinum heldur en ef farið er í gegnum dómsmál með tilheyrandi kostnaði og særindum málsaðila.



Lokaorð

Eftir að hafa skrifað ritgerðina er það mat höfundar að reglur og lög um forræðismál vegna andláts eru nokkuð skýr. Má þó alltaf gera betur. Við dómalestur komst höfundur að þeirri niðurstöðu að dómsvaldið reynir eftir bestu getu að hafa hagsmuni barnsins að leiðarljós. Til að mynda er réttur barna til að tjá sig ekki nógu mikill í lögunum sjálfum eða lítið er fjallað um þann rétt. En þrátt fyrir það hefur dómari í flestum tilfellum fengið álit barnsins á málinu. Vegna fárra dóma sem eru til vegna andláts forsjáraðila leit ég einnig til dóma þar sem verið var að dæma til þriðja aðila. Ber þó að nefna að reynt var að halda sig við þær reglur sem gilda í forsjármálum við andlát og því ekki litið til dóma þar sem forsjásvipting á sér stað eða annarra álíka mála.

Telur höfundur þó að þegar barnaverndarnefnd fái forræðið verður að vinna markvisst að því að barnið komist í öruggar hendur til aðila sem það treystir. Mikið áfall er að missa einhvern sér nákominn og þá sérstaklega foreldra, hvað þá að vera munaðarlaus í leiðinni og enginn til að hugsa um barnið. Því miður komst höfundur ekki í úrskurði barnaverndarnefndar þar sem þeir eru lokaðir almenningi. Vonast ég því til að þau börn sem verða munaðarlaus vegna andláts komist fljótt í hendur þar sem þau eru elskuð, hvort sem það eru uppkomin systkini, amma og afi eða aðrir nákomnir ættingjar.

Eftir rannsóknir við vinnslu ritgerðarinnar kom sú hugmynd upp hjá mér að við fæðingu barns geta foreldrar titlað einhvern nákominn sér til að annast barnið ef þeir skyndilega falla frá. Sem dæmi um þetta má nefna skírnarvotta eða guðforeldra⁵⁰ í kristinni trú.⁵¹ Gæti hlutverk þeirra verið, fyrir utan að vera guðforeldrar í kristinni merkingu⁵², að taka við uppeldi barnsins að minnsta kosti tímabundið ef foreldrar falla skyndilega frá. Það er að barnaverndarnefnd fær forræði barnsins en guðforeldrar taka við uppeldi þess og veita því það aðhald sem barnið þarf. En hagfræðilegar tölur hafa sýnt að fólk er að eignast fleiri börn utan hjónabands. Einnig verður að taka tillit til þess að fólk er að láta lífið ungt, hvort sem er vegna slysa, fíkniefnaneyslu eða annars. Ef um slys er að ræða er sá látinn oft á tíðum bráðkvaddur og hefur ekki tök á því að gefa út yfirlýsingu um hagsmuni barnsins. Getur þetta leitt til þess barnaverndarnefnd fái forræði yfir börnum. Hér er ég ekki að segja að eitthvað vont sé að

⁵⁰ Hér eftir talað um guðforeldra.

⁵¹ Tek hér kristna trú fyrir þar sem að hún er þjóðartrú Íslendinga. Höfundur kynnti sér ekki aðrar trú enda var það ekki umfjöllunarefni ritgerðarinnar. Aðeins eru þetta pælingar mínar út frá þeirri þekkingu sem ég hef skapað sér við skrif ritgerðarinnar. Þrátt fyrir að ég nefni hér kristna trú mun framhaldið í skrifunum um guðforeldrar ekki eiga einungis við kristni heldur líka við aðrar trúir sem eru í þjóðfélaginu.

⁵² Í kristinni merkingu er átt við að skírnarvottar eiga að bera þá ábyrgð að leiða barnið í trúnni og hjálpa foreldrum við það hlutverk.



barnaverndarnefnd fari með forræðið, heldur þurfa börn mikið á stuðningi að halda á svo erfiðum tímum. Börn eru að þroskast langt fram eftir og að móta skoðanir sínar. Þegar áfall eins og að missa foreldri dynur yfir þurfa þau ennþá meiri stuðning og hver er þá betri en nákominn ættingi eða systkini.

Því er það mat mitt að þrátt fyrir að regluverkið í kringum börn vegna andláts forsjáraðila er mjög gott, mætti það vera betra. Mætti vera markvissara hver tekur börnin þegar barnaverndarnefnd fær forræðið. Kannski þarf ekki að herða lögin sjálf en betur mætti koma fram vilji löggjafans hver fer með umsjá barnsins þegar barnaverndarnefnd fær forræðið. Þrátt fyrir að sérfræðingar skipa nefndina, þýðir það ekki að þeir skilji barnið og geti tekist á með því þá sorg sem það verður fyrir. Einnig eru til dæmi um það sbr. Hæstaréttardómi 262/2002 að barnið hafi verið í hringiðju forsjárdeilna síðan það í raun fæddist. Þegar úrskurðað var með dómi þessum var barnið orðið um 7 ára gamalt og tengslamyndunin, sem mikilvæg er hverri manneskju, sködduð. Í þessu tilfelli hefði kannski verið réttast að senda A beint til systur sinnar í staðinn fyrir að vera hjá föður sínum sem var óhæfur til að ala hana upp, mynda þau tengsl sem þarf og hugsa um hana bæði andlega sem líkamlega eins og þarf með börn. En vegna breyttra laga nú í dag má ætla að svo væri og því hægt að segja að við séum að þokast í rétta átt. Þrátt fyrir að dómssmál sem upp hafa komið vegna forræðis fái flýtimeðferð, það er að segja að reynt er að flýta þeim málum fyrir dómi sem koma vegna forræðis og að þau mál taki sem stystan tíma fyrir alla aðila þá taka þau stundum of langan tíma. Til stuðnings þessu er mjög erfitt þegar hvers konar mál eru að rifja upp tilfinningar aftur og aftur. Getur þetta haft alvarlegar afleiðingar í för með sér seinna meir.

Með nýrri málsgrein sem kom inn í 30. gr. bl. það er að segja næst síðasta málsgreinin nr. 6 má sjá að löggjafinn er að reyna að gefa forsjáraðilum það vald að fá að velja hver hugsar um barnið eftir þeirra andlát. Hæstaréttardómur 262/2002 styður þetta að vissu leiti þar sem að hann dæmir X og Y málið í vil að hluta til vegna yfirlýsingar móður um hvert forræðið á að fara. Þótt að dómurinn falli áður en núgildandi barnalög tóku gildi má samt ætla að hann hafi nokkur áhrif eftir núgildandi lögum, vegna þess að þarna er komið fordæmi um að yfirlýsingar sem þessar hafi áhrif innan dómssalsins. Dómsvaldið verður því að virða yfirlýsingar sem þessar á meðan þær stangast ekki á við lög sbr. 7. mgr. 30. gr. bl. Tel ég að þrátt fyrir að gallar séu í réttarkerfinu að þá séum við á góðri leið. Spennandi verður að sjá hvort og þá hvernig breyting verður gerð á barnalögum, en sérstök nefnd skilaði til dóm- og



mannréttindaráðherra álitu til nýrra barnalaga nú á dögunum.⁵³ Alltaf má gera betur og betur, en batnandi manni er best að lifa.

⁵³Sjá link <http://www.domsmalaraduneyti.is/frettatilkynningar/nr/69u>, drög að breytingarlögum er einnig að finna fyrir neðan fréttatilkynninguna.



Skrár

Heimildarskrá

Alþingistíðindi.

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

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

Jónas Jóhannsson. (2006). „Hafnarfjarðarleiðin“ breyttar áherslur og aðferðir við sáttameðferð forsjármála. *Guðrúnarbók*. Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag.

Gunnar Hrafn Birgisson. (2009). Foreldra firringar heilkenni (PAS) í forsjár- og umgengnisdeilum: þekking eða blekking?. *Tímarit lögfræðinga*. 59. Árgangur. 2. Hefti. Bls. 165-195.

Dómaskrá

Hæstaréttadómar

273/2000

384/2000

405/2000

262/2002

548/2005

351/2008

Héraðsdómar

E-124/2005

E-8327/2007

Lagaskrá

Almenn hegningarlög nr. 19/1940



Barnalög nr. 76/2003

Barnaverndarlög nr. 80/2002

Lög nr. 95/1990 um félagsráðgjöf

Læknalög nr. 53/1988

Lögræðislögin nr. 71/1997

Lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu

Lög nr. 91/1991 um meðferð einkamála

Lög nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins

Lög nr. 40/1976 um sálfræðinga

Lög nr. 55/2009 um sjúkraskrár

Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Stjórnsýslulögin 37/1993

Brotfallin lög

Barnalög nr. 20/1992

Þjóðréttarsamningar

Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins nr. 18/1992



Viðaukar



Viðauki 1

Ár	Lokin dómsmál	Fjöldi dóma	Fjöldi dómssátta	Hlutfall sátta
1999	12	6	6	50%
2000	14	5	9	64%
2001	18	12	6	33%
2002	15	4	11	73%
2003	38	5	33	87%
2004	26	1	25	96%
2005	19	3	16	84%
Samtals	142	36	106	70%