



SÖNNUNARGILDI MATSGERÐA Í FORSJÁRMÁLUM

Jóhanna Sveina Hálfánardóttir

17. maí 2011

BA í lögfræði

Höfundur: Jóhanna Sveina Hálfánardóttir

Kennitala: 211186-2839

Leiðbeinandi: Margrét Einarsdóttir

Lagadeild

School of Law

Formáli

Ritsmíð þessi er lokaverkefni mitt til BA prófs í lögfræði við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Leiðbeinandi minn er Margrét Einarsdóttir LL.M, sérfræðingur í evrópurétti.

Kveikjan að umfjöllunarefninu var löngun mín til að kynna mér tiltekin atriði á sviði réttarfars. Í samráði við leiðbeinanda varð niðurstaðan sú að fjalla um sönnunargildi matsgerða og í því samhengi líta til sönnunargildis matsgerða í forsjármálum.

Vil ég byrja á að færa Margréti Einarsdóttur leiðbeinanda mínum bestu þakkir fyrir hjálpssemi og góðar ábendingar. Einnig vil ég færa Halldóru Björt Ewen íslenskukennara kærar þakkir fyrir yfirllestur og aðstoð. Móður minni Margréti Jóhannsdóttur vil ég þakka fyrir gagnlegar umræður og systur minni Ástbjörgu Rut Jónsdóttur þakka ég fyrir aðstoð við gerð ensks texta. Síðast en ekki síst vil ég þakka unnusta mínum Birni Bergmanni Einarssyni fyrir ómetanlegan stuðning og hvatningu.

Útdráttur

Hér er leitað svara við þeirri spurningu hvort matsgerðir hafi afgerandi sönnunargildi í dómsmálum þegar foreldrar deila um forsjá barna sinna. Er meðal annars fjallað um tilgang matsgerða, málaflokka þar sem matsgerða er leitað, matsbeiðendur, matsmenn, yfirmat sem og almennt sönnunargildi matsgerða í einkamálum. Í því skyni eru skoðuð lagaákvæði IX. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Því næst eru barnalög nr. 76/2003 tekin til skoðunar þar sem ítarlega er rýnt í VI. kafla þeirra, sem fjallar um dómsmál vegna ágreinings um forsjá barns. Til umfjöllunar eru tekin atriði sem litið er til við ákvörðun forsjár annars vegar og gagnaöflun í forsjármálum hins vegar, en matsgerðir geta verið hluti af umræddri gagnaöflun.

Við yfirferðina í heild sinni er litið til og stuðst við skrif fræðimanna er bæði varða almennt einkamálaréttarfar og málsmeðferð forsjármála. Ennfremur er farið yfir og greint frá dómaframkvæmd Hæstaréttar í þessum málaflokki sem orðið hefur eftir setningu barnalaga nr. 76/2003. Dómarnir eru skoðaðir út frá mismunandi áherslum, en þær eru; vísað til matsgerðar, forsendur héraðsdóms og frekari gögn, yfirmat, annmarkar og aðfinnslur, sérfróðir meðdómsmenn, tillögur um umgengni og að lokum heildstætt mat.

Helstu niðurstöður eru þær að merkja megi ríka tilhneigingu dómstóla til að fylgja niðurstöðum matsgerða sem framkvæmdar hafa verið af dómkvöddum sérfræðingum. Ennfremur hafi matsgerðir ríkt sönnunargildi, sér í lagi þegar um er að ræða heildstætt mat dómstóla á atvikum og aðstæðum máls hverju sinni. Að því virtu er fengin staðfesting þess að matsgerðir fara með stórt hlutverk í forsjármálum.

Abstract

This thesis is written to answer the question whether evaluations have critical evidence in Court cases when parents disagree about custody of their children. For that matter provisions of chapter IX of laws 19/1991, about the general court treatment of private cases, are discussed. Then a few speculations about the purpose of evaluation are taken into concern, areas where evaluations can be done, requesters, assessors, head-evaluation and general evidence of evaluations in private cases. Furthermore the legislation regarding children number 76/2003, is discussed, where chapter VI, which concerns Court cases regarding disagreement about childrens custody, is seen in details. Certain perspectives are discussed that are supposed to be guidelines when taking a decision about childrens custody. Speculations about data collection in cases where parents argue about their childrens custody are also put out, especially because evaluations can be a big part of the data collection.

As discussing the abovementioned, writings of scholar experts are taken into account, both regarding the general private court system and the procedure of custody cases. Additionally, close look is taken at the results of Supreme Court cases that have been announced after the new legislation regarding children number 76/2003 was taken into action. The following point of view are taken into account while discussing the results; referring to evaluation, assumptions of District Court and additional data, head-evaluations, defects and comments, expert judges, suggestions about conduct and finally an overall context.

The main results of this thesis are that District and Supreme Courts have the tendencies to follow the outcome of evaluations that have been implemented by court-appointed experts. Furthermore, evaluations have enormous evidence, especially when Courts are focusing on a coherent context, referring to situations and conditions in each and every case. On that ground, it is confirmed that evaluations play a major role in cases where parents argue about custody of their children.

Efnisyfirlit

1. Inngangur.....	1
2. Matsgerðir í einkamálum.....	3
2.1. Almennt.....	3
2.2. Tilgangur matsgerða.....	3
2.3. Málaflokkar	3
2.4. Matsbeiðendur	4
2.5. Matsmenn	5
2.6. Yfirmat.....	7
2.7. Sönnunargildi matsgerða í einkamálum.....	7
3. Forsjá samkvæmt barnalögum nr. 76/2003	8
3.1. Almennt.....	8
3.2. Dómsmál vegna ágreinings um forsjá barns	8
3.2.1. Atriði sem litið er til við ákvörðun forsjár	9
3.2.2. Gagnaöflun í forsjármálum	11
3.2.2.1. Öflun matsgerðar.....	11
3.2.2.1.1. Matsmenn í forsjármálum	13
3.2.2.1.2. Efnistöð matsgerða.....	14
4. Sönnunargildi matsgerða í forsjármálum	17
4.1. Yfirlit.....	17
4.2. Vísað til matsgerðar	17
4.3. Forsendur héraðsdóms og frekari gögn.....	19
4.4. Yfirmat.....	21
4.5. Annmarkar og aðfinnslur.....	23
4.6. Sérfróðir meðdómsmenn.....	25
4.7. Tillögur um umgengni.....	27
4.8. Heildstætt mat.....	28
4.9. Samantekt.....	29
5. Niðurstöður.....	31
Heimildaskrá	34
Dómaskrá	35
Lagaskrá.....	35

1. Inngangur

Ein af meginreglum íslensks einkamálaréttarfars er um frjálst sönnunarmat dómara. Hún er lögfest í 1. mgr. 44. gr. einkamálalaga nr. 91/1991¹. Þar segir að „dómari sker úr því hverju sinni eftir mati á þeim gögnum sem hafa komið fram í máli hvort staðhæfing um umdeild atvik teljist sönnuð, enda bindi fyriræli laga hann ekki sérstaklega um mat í þessum efnum.“² Með öðrum orðum þá er það í hlutverki dómarans „að vege það og meta, á grundvelli alls þess sem fram er komið í málinu, hvaða staðreyndir eða sönnunargögn beri að leggja til grundvallar við úrlausn málsins.“³

Meginreglan um frjálst sönnunarmat er ítrekuð í fleiri lagaákvæðum, meðal annars 59. gr. eml. þar sem segir að dómari skuli meta sönnunargildi vitnisburðar við úrlausn máls. Þar að auki skal nefna 2. mgr. 66. gr. eml. þar sem lagt er í hendur dómara að meta sönnunargildi matsgerða.

Hið frjálssa sönnunarmat dómara á við um þau mál sem til kasta dómstóla koma. Vissulega getur verið að mismunandi gögn eða framburðir vegi þyngra en annað í sönnunarfærslu innan tiltekinna málaflokka. Ósagt skal látið hvort það sé raunverulega tilfellið en markmið ritgerðarinnar er að fjalla um matsgerðir í forsjármálum, hvaða vægi þær hafa fyrir dómi og í því skyni meðal annars skoða dóma Hæstaréttar, barnalög nr. 76/2003⁴ og skrif fræðimanna.

Með þessari ritgerð og þeirri skoðun sem í henni felst, er leitast við að sjá hvort um sé að ræða tilhneingingu dómstóla til að kveða upp dóm þar sem niðurstöðum matsgerða er fylgt, sem afað hefur verið í tilefni af málsmeðferðinni, eða ekki. Sé ekki um slíka tilhneingingu að ræða er sönnunargildi matsgerða takmarkað, sér í lagi þegar atvik og aðstæður máls eru tekin heildrænt til skoðunar. Má með öðrum orðum

¹ Hér einnig nefnd eml.

² Til glöggvunar á inntaki reglunnar má benda á að það er í hlutverki dómara hverju sinni að meta á grundvelli fyrirbyggjandi gagna og vitneskju hvort nægilega hafi verið sýnt fram á að atriði máls séu með tilteknum hætti eða að atvik hafi gerst á viðkomandi hátt. Líti dómari ekki eingöngu til ummæla vitna og frásagna í skjölum heldur tekur hann einnig afstöðu til þess hvort það sé trúverðugt sem þar kemur fram, að teknu tilliti til reynslulögmála og annarra upplýsinga. Sjá Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*. Reykjavík 2003, bls. 16.

³ Sigríður Logadóttir, *Lög á bók. Yfirlitsrit um lögræði*. Reykjavík 2003, bls. 82.

Hins vegar er rétt að benda á að til eru undantekningar frá meginreglunni, þar sem hendur dómara eru bundnar við fyriræli laga, sem þó er verulega fátítt. Má benda á 2. mgr. 44. gr. eml í því samhengi þar sem greint er frá sönnunarbyrði sem hvílir á aðila beri hann fyrir sig venju eða erlenda réttarreglu. Sjá Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*, bls. 17.

⁴ Hér einnig nefnd bal.

segja að markmið þessarar ritgerðar sé að skoða hvort matsgerðir hafi afgerandi sönnunargildi í dómsmálum þegar foreldrar deila um forsjá barna sinna.

Verður efnisumfjöllunin á þá leið sem hér segir:

Í *öðrum kafla* verður fjallað um matsgerðir í einkamálum. Er það almenn umfjöllun um hver tilgangur þeirra er, hvenær þeirra er aflað, hverjir geta óskað eftir mati, hverjir framkvæma það og heimild til yfirmats. Enn fremur verður litið til almenns sönnunargildis þeirra í sönnunarfærslu fyrir dómi.

Í *þriðja kafla* fer fram stutt umfjöllun um forsjá barna samkvæmt barnalögum en mikil áhersla lögð á dómsmál vegna ágreinings foreldra um forsjá barns. Er í því skyni skoðað til hvaða atriða er litið þegar ákvörðun er tekin um forsjá barns og hvernig gagnaöflun í slíkum málum fer fram, þar sem matsgerðir eru á meðal framlagðra gagna.

Í *fjórða kafla* eru skoðaðir dómur Hæstaréttar þar sem foreldrar hafa deilt um forsjá barna sinna.⁵ Til afmörkunar verður litið til þeirra dóma sem fallið hafa frá því barnalög nr. 76/2003 voru sett. Eru þeir einkum skoðaðir með hliðsjón af því þegar dómstólar vísa til matsgerða, Hæstiréttur staðfestir héraðsdóm með vísan til forsenda hans og frekari gagna, yfirmats, annmarka og aðfinnslna, sérfróðra meðdómsmanna, tillagna um umgengni og heildstætt mat dómstóla.

Í *fimmta kafla* verða dregnar saman niðurstöður ritgerðarinnar og skýrt frá ályktunum höfundar um sönnunargildi matsgerða í forsjármálum.

⁵ Var tekin ákvörðun um að skoða einungis þá dóma þar sem foreldra greinir á um forsjá barna sinna, en ekki þau mál sem barnaverndarnefnd höfðar á hendur foreldrum til sviptingar forsjár.

2. Matsgerðir í einkamálum

2.1. Almenn

Í IX. kafla eml. er fjallað um matsgerðir í einkamálum. Skv. 1. mgr. 61. gr. eml. hafa dómara heimild til þess að kveða til einn eða tvo matsmenn eftir skriflegri beiðni aðila en þó með undantekningum. Sé þörf á að leggja mat á atriði sem krefjast lagaþekkingar sem og almennrar þekkingar og menntunar, er það í verkahring dómara að gera svo sbr. 2. mgr. 60. gr. eml. Enn fremur getur svo borið undir að skipaður hafi verið opinber starfsmaður sem meta eigi tiltekin atriði í eitt skipti fyrir öll sbr. 3. mgr. 60. gr. eml. og skal dómari ekki heldur í þeim tilfellum kveða til matsmenn sbr. 1. mgr. 61. gr. eml.⁶

Matsgerðir sem framkvæmdar eru í samræmi við IX. kafla eml. teljast til sönnunargagna í einkamálum.⁷

2.2. Tilgangur matsgerða

Tilgangur matsgerða er að fá afstöðu utanaðkomandi sérfróðs manns til tiltekins álitamáls.⁸ Er þá leitast við að hann leysi úr því sem fyrir hann er lagt og á grundvelli sérfræðiþekkingar sinnar komist að niðurstöðu um hver sé staðreynd umrædds álitamáls. Í 1. mgr. 63. gr. eml. segir að matsmaður skuli semja rökstudda matsgerð þar sem þau sjónarmið eru greind sem álit hans er reist á og skal hann enn fremur fá matsbeiðanda matsgerðina í hendur. Með fyrirkomulagi þessu er kallað eftir óhlutdrægri og óvilhallri skoðun manns, sem býr yfir traustri og haldbærri þekkingu á ágreiningsmálinu. Má með öðrum orðum segja að öflun matsgerða sé liður í gagnaöflun fyrir dómi sem ýmist geti styrkt eða hrakið málf lutning aðila.

2.3. Málaflokkar

Matsgerða er hægt að afla í einkamálum af hvaða toga sem er, þó með þeim takmörkunum sem 2. og 3. mgr. 60. gr. eml. setja varðandi það hvaða atriði þarfnist sönnunar. Má með öðrum orðum segja að leitað sé til matsmanna þegar þörf er á sérfræðiþekkingu varðandi tiltekin atriði sem dómari hefur ekki þekkingu eða hæfni til að leggja mat á. Á hinn bóginn skal ekki leitað til matsmanns þegar um er að ræða deiluefni er varðar almenna þekkingu eða menntun, lagaþekkingu, réttarreglur og

⁶ Frumvarp til laga um meðferð einkamála, þskj. 72, 71. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/alttext/115/s/0072.html> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

⁷ Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*, bls. 228.

⁸ Sama heimild, bls. 228-229.

önnur þau efni sem dómari er fær um að leggja mat á. Algengar og vel þekktar eru matsgerðir þar sem leitað er eftir mati á kostnaði vegna lagfæringa fasteigna, afleiðinga slysa og ástands hluta.⁹ Einnig er algengt að aflað sé læknisfræðilegra gagna til að mynda í skaðabótamálum vegna líkams- eða heilsutjóns.¹⁰

2.4. Matsbeiðendur

Af 1. mgr. 61. gr. eml. má sjá að matsbeiðendur eru aðilarnir að dómsmálinu sjálfu og þurfa þeir að leggja fram skriflega beiðni þess efnis. Sé leitað matsgerðar þá þegar dómsmál hefur verið höfðað skal fá dómbaranum, sem fer með málið, beiðnina beint. Skýr og greinargóð beiðni er forsenda þess að mat sé framkvæmt. Samkvæmt 2. mgr. 61. gr. eml. kveður dómari aðila á dómþing þar sem matsbeiðni er tekin fyrir. Kann þó að vera að gagnaðili andmæli því að dómkvaðning matsmanns fari fram og getur dómari þá litið til 3. mgr. 46. gr. eml. og hafnað beiðninni. Hins vegar er til lítils að andmæla nema fundið sé að því að óþarfi sé að meta það sem fyrirhugað er eða þá að tiltekið mat falli ekki undir verksvið og kunnáttu matsmanns. Því má bæta við að telji dómari að annmarkar séu á beiðninni yrði að telja tryggt að hann synjaði henni að eigin frumkvæði á grundvelli 3. mgr. 46. gr. eml.¹¹ Dómarar hafa hins vegar leyft aðilum að njóta vafans og þrátt fyrir að matsspurningar séu allt að því tilgangslausar þá verði aðilarnir að bera skaðann af því, skili matið ekki árangri.¹²

Verði dómari við matsbeiðninni er lagt til að aðilar komi sér saman um val á hæfum matsmanni svo framarlega sem ekki mæli sérstakar ástæður gegn því. Sé samkomulagi aðila ekki til að dreifa ákveður dómari það upp á sitt einsdæmi hver eða hverjir verði fengnir til starfans og greinir aðilum frá því sbr. 2. mgr. 61. gr. eml.¹³

Séu aðstæður hins vegar þannig að mál hafi ekki verið höfðað skal fara eftir reglum XII. kafla eml. sem fjalla um öflun sönnunargagna í þess háttar tilvikum. Af 79. gr. eml. má ráða að við öflun sönnunar samkvæmt fyrirmælum XII. kafla skuli fara eftir ákvæðum II. og VII-X. kafla eftir því sem við á.

⁹ Sama heimild, bls. 229.

¹⁰ Sigríður Ingvarsdóttir. „Læknisfræðileg gögn í dómsmálum“. *Læknablaðið* 1999 (85), bls. 221-223. Vefútgáfa, slóð: <http://www.hirsla.lsh.is/lsh/bitstream/2336/47765/1/L1999-03-85-F3.pdf> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

¹¹ Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*, bls. 229.

Sjá til dæmis Hrd. 66/1995.

¹² Sjá til dæmis Hrd. 96/2004.

¹³ Sjá til dæmis Hrd. 489/2002.

2.5. Matsmenn

Almennt skal ganga út frá því að matsmaður sé einn sérfræðingur. Hins vegar geta þeir verið tveir einkum ef um væri að ræða geðræn vandmál, líkamlega fötlun eða ef aðstæður barns eða aðila kölluðu eftir því. Í þeim tilvikum væri þó yfirleitt hentugra að fá sérfróða meðdómendur sem byggju yfir sérþekkingu á viðkomandi sviði.¹⁴ Í samræmi við tilgang matsgerða verða matsmenn að búa yfir sérfræðiþekkingu á því sviði sem óskað er mats á. Hvort sem aðilar koma sér saman um val á matsmanni eða dómari ákveði það sbr. 2. mgr. 61. gr. eml., þá gilda almennar og sérstakar hæfisreglur um matsmenn.¹⁵ Reglurnar er að finna í 3. og 4. mgr. 61. gr. eml. þar sem segir að þann einn megi dómkveðja til að framkvæma mat sem er orðinn 20 ára að aldri, óaðfinnanlegt vitni um atriði sem á að meta og hefur nauðsynlega kunnáttu til að inna verkið af hendi eða aðra þá kunnáttu sem best verði á kosið.¹⁶ Hver sá sem verður dómkvaddur skal verða við kvaðningunni ef honum er skylt og heimilt að bera vitni um matsatriði jafnvel þótt hann þurfi að fara í aðra þinghá til að verða við kvaðningunni. Hins vegar getur matsmaður beðist undan henni með því að gefa skriflega skýringu fyrir því og getur dómari orðið við undanbeiðni hans enda sé mögulegt að fá jafnhæfan mann til verksins. Í 4. mgr. 61. gr. eml. segir enn fremur að dómari geti kvatt til matsmann sem búsettur er utan lögsagnarumdæmis hans. Sé uppi ágreiningur um hæfi matsmanns eða dómkvaðningu leysir dómari úr honum sbr. 1. mgr. 66. gr. eml.

Samkvæmt 5. mgr. 61. gr. eml. skal bóka dómkvaðningu í þingbók þar sem greint sé frá því hver matsmaðurinn sé, hvað skuli metið, hvenær matinu skuli vera lokið og hverjum eigi að gefa kost á að gæta hagsmuna sinna við framkvæmd þess. Einnig verður að taka fram að matsmanni beri að semja rökstudda matsgerð sem hann geti verið beðinn um að gefa skýrslu um fyrir dómi og enn fremur skuli hann vinna verkið af bestu vitund. Í 6. mgr. 61. gr. eml. er greint frá því að látist matsmaður, hann forfallist eða reynist óhæfur eða vanrækir skyldu sína, skuli dómari kveða annan í hans stað eftir kröfu matsbeiðanda.¹⁷

Þegar dómkvaðningu er lokið skal matsbeiðandi í samræmi við 1. mgr. 62. gr. eml. tilkynna hana til matsmanns og fá honum endurrit af kvaðningunni. Þá þegar

¹⁴ Frumvarp til barnalaga, þskj. 181, 180. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/alttext/128/s/0181.html> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

¹⁵ Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*, bls. 229.

¹⁶ Sjá til dæmis Hrd. 223/2008.

¹⁷ Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*, bls. 229.

hefst skylda matsmanns til að boða aðila til matsfunda og framkvæma á hvern þann hátt það mat sem honum er falið að inna af hendi. Honum er heimilt að afla sér gagna til að nota við gerð matsins og skal þá gefa aðilum færi á að tjá sig um þau eins og frekast er unnt. Aðilar máls og dómari eru matsmanni innan handar við framkvæmd matsins og gefa honum leiðbeiningar eftir föngum um matsatriði sbr. 2. mgr. 62. gr. eml. Af 3. og 4. mgr. 62. gr. eml. má ráða að almennt séð hafi matsmaður ríkar heimildir til aðgangs að því sem matsgerð lýtur að. Er aðilum skylt að verða við ósk hans um aðgang nema hægt sé að skorast undan vitnaskyldu um matsatriði eða óheimilt sé að bera vitni um það. Enn fremur hefur matsmaður heimild til að sinna starfi sínu þótt aðilar mæti ekki þegar matið fer fram, nema vanti upplýsingar sem þeir hefðu mátt veita.

Við lok starfs matsmanns er honum heimilt að krefjast greiðslu í samræmi við 2. mgr. 63. gr. eml. sem er ákveðin út frá reikningi og endurgreiðslu útlagðs kostnaðar úr hendi matsbeiðanda. Er þó ávallt möguleiki fyrir matsmann að krefjast fyrirframgreiðslu vegna ferðakostnaðar og tryggingar fyrir þóknun samkvæmt ákvörðun dómara. Verði uppi ágreiningur um fjárhæð getur dómari leyst úr honum sbr. 1. gr. 66. gr. eml.¹⁸ Í samræmi við 1. mgr. 129. gr. eml. telst kostnaður við matsgerð til málskostnaðar aðila. Matsmaður lýkur starfi sínu með því að afhenda matsbeiðanda matsgerð þá sem honum var fengið að inna af hendi sbr. 1. mgr. 63. gr. eml. Í matsgerðinni rökstyður hann mál sitt og skýrir þau sjónarmið sem álit hans er byggt á. Að síðustu skal matsmaður koma fyrir dóm og gefa skýrslu til skýringar og staðfestingar á matsgerð og um atriði henni tengdri, krefjist aðilar þess sbr. 65. gr. eml.

Samkvæmt 1. mgr. 66. gr. eml. hefur dómari lokaorð ef uppi er ágreiningur um matsgerðina, til dæmis vegna atriða sem lúta að framkvæmd matsgerðarinnar, rökstuðningi hennar eða umfangi og efnisinnihaldi. Enn fremur er það í höndum dómara að leggja mat á önnur atriði varðandi matsgerðina þar með talið sönnunargildi hennar sbr. 2. mgr. 66. gr. eml.¹⁹ Aðilar geta krafist nýs undirmats um sömu eða önnur atriði en hafa verið metin.²⁰

¹⁸ Sjá til dæmis Hrd. 371/2002.

¹⁹ Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*, bls. 229-230.

²⁰ Sjá til dæmis Hrd. 429/2001 og Hrd. 291/2000.

2.6. Yfirmat

Verði aðili ekki sáttur við niðurstöðu matsgerðar, hvort sem hann var matsbeiðandi eður ei, þá er hægt á grundvelli 64. gr. eml. að krefjast yfirmats þar sem tekin eru til endurmats einvörðungu þau atriði sem áður höfðu verið metin í undirmatinu. Þá skulu yfirmatsmennirnir vera fleiri en matsmenn voru í undirmati sbr. 64. gr. eml.²¹ Hvað varðar framkvæmd og tilhögun yfirmats vísast til ákvæða 61. – 63. gr. eml. sem fyrr var greint frá.²² Ástæður þess að yfirmati sé hafnað geta verið sökum þess að spurningar séu orðaðar verulega á annan hátt heldur en í undirmati og að fyrir liggi yfirmat.²³

2.7. Sönnunargildi matsgerða í einkamálum

Samkvæmt 2. mgr. 66. gr. eml. er það í höndum dómara að leggja mat á sönnunargildi matsgerðar enda er það í samræmi við frjálst sönnunarmat sbr. 1. mgr. 44. gr. eml. Í lögunum um meðferð einkamála er ekki kveðið á um hvert almennt sönnunargildi matsgerða sé með tilliti til annarra sönnunargagna. Verður að telja að svo framarlega sem óhlutdrægur matsmaður hafi framkvæmt mat með réttum og viðeigandi aðferðum og ekki sé sýnilegt að matsgerðin sé reist á röngum forsendum, þá búi matsgerð yfir sterku og mikilvægu sönnunargildi varðandi þá þætti og atriði sem hún nær til. Þessu til rökstuðnings mætti benda á þá staðreynd að verði niðurstaða undirmatsgerðar aðila óhagstæð getur honum fundist hann knúinn til að leita yfirmatsgerðar til að reyna að hnekkja undirmatinu.²⁴

²¹ Sjá til dæmis Hrd. 315/2006.

²² Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*, bls. 230.

²³ Sjá til dæmis Hrd. 450/2005.

²⁴ Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*, bls. 230.

3. Forsjá samkvæmt barnalögum nr. 76/2003

3.1. Almenn

Inntak forsjár er skýrt í 28. gr. barnalaga nr. 76/2003 þar sem meðal annars segir að foreldrum beri skylda til að annast barn sitt og sýna því umhyggju og virðingu og gegna forsjár- og uppeldisskyldum sínum svo sem best hentar hag barns og þörfum. Enn fremur hvíli skylda á þeim til að vernda börn sín gegn ofbeldi og gæta þess að barn þeirra hljóti lögmælt fræðslu og iðjusemi og siðgæði séu höfð að leiðarljósi. Forsjárforeldri kemur formlega fram fyrir hönd barns síns og með forsjá hvílir réttur og skylda foreldris til að ráða persónulegum högum barns og ákveða búsetustað þess. Foreldrar eru forsjárskyldir gagnvart börnum sínum fram til sjálfráða aldurs en barn hefur rétt á forsjá annars foreldra sinna eða beggja sbr. 5. mgr. 28. gr. bal. Í lagagreininni segir enn fremur að fari annað foreldrið eitt með forsjá barnsins er því skylt að stuðla að umgengni barnsins við forsjárlausa foreldrið, svo framarlega sem hún sé ekki andstæð hag og þörfum barns að mati dómara eða lögmælt stjórnvalds.

3.2. Dómsmál vegna ágreinings um forsjá barns

Ákveði foreldrar að skilja eða slíta sambúð þarf að taka ákvörðun um forsjá barna. Geti foreldrar komið sér saman um hvernig henni skuli háttað er forsjáin ýmist sameiginleg eða hjá öðru foreldrinu.²⁵ Fari svo að foreldrar geti ekki komist að samkomulagi þarf dómur að ganga þar um sbr. 1. mgr. 34. gr. bal. og ákveður dómari hjá hvoru foreldrinu forsjáin skuli vera.²⁶ Dómari getur ekki tekið ákvörðun um að forsjá skuli vera sameiginleg, en foreldrar geta ávallt gert dómssátt þess efnis sbr. 2. mgr. 34. gr. bal.

VI. kafli barnalaganna fjallar um dómsmál vegna ágreinings um forsjá barns. Slík mál fara eftir lögum um meðferð einkamála nr. 91/1991 en sæta jafnframt afbrigðilegri meðferð vegna sérstöðu sinnar. Birtist sérstaðan í því að virða eigi þá grundvallarreglu barnaréttar að ávallt skuli hafa það að leiðarljósi hvað sé barni fyrir bestu og þar af leiðandi er sakarefni ekki einungis á forræði aðila. Samkvæmt 1. og 2. mgr. 41. gr. bal. geta aðilar borið fram nýjar málsástæður og haft ný andmæli allt þar til mál er dómtekið. Er það einkum vegna þess að möguleiki er að leggja fram nýjar málsástæður þá þegar matsgerða sérfræðinga hefur verið aflað. Í málsmeðferð

²⁵ Sigríður Logadóttir og Ásta Magnúsdóttir, *Inngangur að lögfræði*. Reykjavík 2000, bls. 303.

²⁶ Sigríður Logadóttir, *Lög á bók*, bls. 456.

forsjarmála fer gagnaöflun yfirleitt fram fyrir dóminum sjálfum og því geta málsástæður aðila breyst eftir því sem fram líður. Auk þess er hugsanlegt að dómari geti ekki byggt niðurstöðu sína á málsástæðum aðila, heldur rökstyðji hann niðurstöðu sína á gögnum málsins hvað hann telji vera barninu fyrir bestu. Með þessari sérstöðu er gerð undantekning frá reglunni um að dómari sé bundinn af málsástæðum aðila sbr. 2. mgr. 41. gr. bal.²⁷

Um málsmeðferð forsjarmála er fjallað í 38. gr. bal. þar sem segir að mál vegna forsjár barns verði rekið eftir almennum reglum um einkamál nema að því leyti sem mælt er fyrir á annan veg í lögum þessum. Enn fremur skal þinghald háð fyrir luktum dyrum sbr. 2. mgr. 38. gr. bal. og flýta skal meðferð málsins sbr. 3. mgr. 38. gr. bal.

3.2.1. Atriði sem litið er til við ákvörðun forsjár

Í 34. gr. bal. er eins og fyrr segir greint frá því að dómari skuli skera úr ágreiningi foreldra um forsjá barns. Samkvæmt 2. mgr. 34. gr. bal. ákveður dómari hjá hvoru foreldra forsjá barns verði, eftir því sem barni er fyrir bestu. Þegar dómari ákveður hvað sé barni fyrir bestu eru ákveðin atriði talin upp í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi barnalaganna nr. 76/2003, sem hann skal taka til skoðunar og meta.²⁸ Ber dómáranum að gæta að þessum atriðum enda eru þau talin skipta miklu máli við ákvörðun um forsjá barns. Þau eru í fyrsta lagi tengsl barns við hvort foreldri fyrir sig. Í öðru lagi dagleg umönnun og umsjá þar sem litið er meðal annars til þess hvort barnið þurfi sérumönnun vegna heilsu. Í þriðja lagi eru það persónulegir eiginleikar og hagir hvors foreldris, þar sem litið er til geðrænnar heilsu, líkamlegs heilsufars og reglusemi. Einnig skal meta hvort foreldra teljist hæfara til að sinna uppeldi barns og hver skilningur foreldranna á þörfum barns sé. Enn fremur skuli tekið tillit til atvinnuhaga og heimilisaðstæðna foreldra. Þessu til viðbótar skuli skoða persónulega eiginleika og hagi barnsins sjálfs. Í fjórða lagi beri að huga að óskum barns liggi þær fyrir. Ekki er til skýr aldursviðmiðun í því sambandi en vissulega hlýtur þroski að koma til móts við aldurinn. Er í athugasemdunum sagt að úrlausnaraðila beri almennt að taka mikið tillit til afstöðu 9-10 ára gamals barns. Í fimmta lagi er bent á að kyn og aldur barna geti haft áhrif, en þó er tekið fram að ekki skuli einskorðast við að ung börn fylgi móður, drengir feðrum og stúlkur mæðrum, heldur skuli fara fram einstaklingsbundið og sjálfstætt mat gagnvart hvoru foreldri fyrir sig. Í sjötta lagi ber

²⁷ Frumvarp til barnalaga, þskj. 181, 180. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/alttext/128/s/0181.html> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

²⁸ Sama heimild.

að gæta að því að oft sé ekki ráðlagt að sundra systkinahópi. Vissulega spilar þar inn í aldur barnanna og hversu samrýmd þau eru, en hins vegar skal þó áréttað að meta skuli hvað er hverju barni fyrir bestu og getur því þurft að skipta systkinahópum upp þar sem hagsmunir barnanna fari ekki saman. Í sjöunda lagi beri að líta til húsnæðismála foreldra, það er hvernig húsnæði foreldrar búi í og kost á skóla, leikskóla og annað varðandi umhverfið í heild. Í áttunda lagi beri að líta til hvernig liðsinni vandamanna sé háttað, nágrenni foreldra og annarra vandamanna við heimilin og einnig hvernig nýr maki muni bregðast við barni sem komi inn á heimilið. Í níunda lagi skal horft til breytinga á umhverfi, því oft kemur það sér illa fyrir barn að vera tekið úr núverandi umhverfi þess, frá skólafélögum og vinum og flytja í umhverfi sem það þekkir ekki. Tíunda atriðið sem gæta skuli að, er umgengni barns og forsjárlaus foreldris. Það skiptir miklu máli að barn geti viðhaldið tengslum við forsjárlausa foreldrið sitt. Getur það haft áhrif á hvernig niðurstöðum máls skuli háttað ef annað foreldranna er líklegra til að viðhalda eðlilegri umgengni barns við hitt foreldrið til frambúðar og bendir löggjafinn sérstaklega á að kanna skuli afstöðu foreldra til þessa atriðis. Skal dómari taka afstöðu til þess við úrlausn máls hvort um tálmun hafi verið að ræða og taka ákvörðun að teknu tilliti til þess. Í samspili við þetta atriði má nefna að í 3. mgr. 34. gr. bal. segir að líta verði til þess hvort foreldri sem krefst forsjár barns hafi verið tálmuð umgengni við það. Í ellefta lagi er skýrt frá því að ekki þurfi að taka fram að sök foreldra á skilnaði skiptir ekki máli varðandi þetta mat. Hafi ólögmet sjálfstaka foreldris á barni átt sér stað getur það þó haft áhrif.²⁹

Af framangreindu má sjá að mörg atriði koma til álita þegar ákveða skal hvað barni sé fyrir bestu. Þrátt fyrir að löggjafinn hafi lagt fram þessar ellefu athugasemdir til leiðbeiningar er ekki gert ráð fyrir af hans hálfu að þar fari fram tæmandi upptalning.³⁰ Er það í samræmi við álit fræðimanna, sem talið hafa að margt í samskiptum foreldra og barna sem ekki sé vel fallið til lagasetningar og í raun ýmislegt sem falli utan gildissviðs barnalöggjafar.³¹ Enn fremur hafa fræðimenn sagt að

hvorki er æskilegt né mögulegt að setja fyrirmæli í lög um margvísleg atriði er varða fjölskylduna og samskipti innan hennar en þar getur verið um flókið samspil fjölbreyttra þátta að ræða sem ekki er á færi annarra en sérfræðinga í mannlegum samskiptum að skilja eða greiða úr.³²

²⁹ Sama heimild.

³⁰ Sama heimild.

³¹ Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*. Reykjavík 1995, bls. 64 og 174.

³² Sigríður Ingvarsdóttir. *Gagnaöflun í forsjármálum*. Reykjavík 2006, bls. 8.

Þó svo að þessi sé raunin þá er samt sem áður mjög líklegt að slík atriði og aðstæður hafi áhrif á gagnaöflun fyrir dómi og þar með framvindu og meðferð deilunnar og sé í því samhengi óhjákvæmilegt að fela dómstólum rúmt vald til ákvörðunar um forsjá barns, sem þó er ákveðin á grundvelli framlagðra gagna og samkvæmt reglum um sönnun og sönnunarmat.³³

Meginregluna um að ávallt skuli gera það sem er barni fyrir bestu verður dómari að hafa að leiðarljósi við úrlausn deilumála. Foreldrar byggja sinn málatilbúnað væntanlega á því að hag barnsins sem best borgið í þeirra forsjá en ekki hjá hinu foreldrinu. Er hætta á því að foreldri aðgreini ekki nógu varfærnislega sína eigin hagsmuni og barnsins í þeirri röksemdarfærslu og getur reynt mikið á dómara að greina þar á milli, þar sem ekki er ljóst að hagsmunir þeirra fari alltaf saman.³⁴

3.2.2. Gagnaöflun í forsjármálum

Í máli vegna ágreinings um forsjá barns er gert ráð fyrir að dómari taki meiri þátt í meðferð málsins en almennt tíðkast í einkamálum. Er það einkum til að tryggja sem best þá hagsmuni barna sem deilt er um fyrir dómi.³⁵ Hann fylgist með öflun sönnunargagna sbr. 1. mgr. 42. gr. bal. og getur falið aðilum að afla gagna um aðstæður þeirra eða barna. Hins vegar geti aðili ekki orðið við fyrirmælum dómarsins eða kjósi að gera það ekki þá er dómaramum mögulegt að sinna nauðsynlegri gagnaöflun sjálfur svo hann geti lagt dóm á mál sbr. 2. mgr. 42. gr. bal.

Hefur Hæstiréttur fundið að því þegar héraðsdómur hefur ekki gætt nógu vel að gagnaöflun og í Hrd. 383/2009³⁶ segir meðal annars: „ber dómara að gæta að því af sjálfsdáðum að afla sé nauðsynlegra gagna í máli um forsjá barns, sbr. 1. mgr. 42. gr. barnalaga.“

3.2.2.1. Öflun matsgerðar

Samkvæmt 3. mgr. 42. gr. bal. getur dómari lagt fyrir aðila að afla sérfræðilegrar matsgerðar. Með því er átt við að aðili útbúi beiðni um dómkvaðningu matsmanns í samræmi við almennar reglur laga um meðferð einkamála. Dómara er fengin beiðnin

³³ Sama heimild, bls. 8.

³⁴ Sama heimild, bls. 11.

³⁵ Sama heimild, bls. 11.

³⁶ Hrd. 383/2009: Foreldrar höfðu farið sameiginlega með forsjá barns eftir sambúðarslit. Fyrir héraði var fært til bókar að móðirin krefðist þess að afla yrði sérfræðilegrar álitsgerðar. Dómurinn taldi þýðingarlaust að svo yrði gert. Hæstiréttur er ósáttur við framgöngu héraðsdóms í málinu og segir að þrátt fyrir að aðilar máls hefðu átt að bera þess ósk upp fyrir en við aðalmeðferðina að þá geti hún hins vegar ekki talist vera of seint fram komin þar sem dómara beri skylda að gæta þess að nauðsynlegra gagna sé aflað í forsjármáli sbr. 1. mgr. 42. gr. barnalaga.

og hefur hann þar með eftirlit með matsbeiðninni, því telji hann ástæðu til getur hann bætt matsatriðum við dómkvaðninguna sbr. 3. mgr. 42. gr. bal. Einnig getur hann bætt við beiðnina að sérfræðingar skuli ræða við barn til að kanna viðhorf þess í samræmi við 43. gr. laganna. Í 3. mgr. 42. gr. bal. er tekið fram að um matsgerðir samkvæmt ákvæði 42. gr. bal. fari að öðru leyti samkvæmt reglum um dómkvadda matsmenn. Hins vegar geta aðstæður verið á þann hátt að dómari telur að ekki sé þörf á að afla matsgerðar. Á það einkum við ef nýleg skýrsla liggur fyrir um málið, í öðru lagi ef barn er komið til vits og þroska og hefur skoðun á því hvar það vilji búa og það sé ekki andstætt hagsmunum þess að fara eftir þeirri ósk og í þriðja lagi ef bersýnilegt er að foreldri sé ekki hæft til að fara með forsjá barns.³⁷ Tilgangur þess að afla sérfræðilegra matsgerða er að fá leitt í ljós hjá hvoru foreldra hagsmunum barns verður best borgið. Bent hefur verið á að ekki sé þörf til að leita slíkra gerða í hverju einasta tilfalli, heldur verði að meta hvort nægjanleg gögn liggja fyrir í málinu eða þörf sé á frekari upplýsingum. Enn fremur sé ekki þörf á slíkum matsgerðum ef mögulegt sé að afla þessara upplýsinga með vitnaleiðslum, vottorðum eða öðrum gögnum.³⁸

Með því að dómari hafi svo mikil afskipti af gagnaöflun sem raun ber vitni er lögð áhersla á að hann beri ábyrgð á því að fullnægjandi upplýsingar liggja fyrir í málinu áður en komist er að niðurstöðu. Það getur reynst erfiðleikum háð fyrir dómara að vita hvaða gagna skuli aflað þar sem ekki er til ein og rétt leið í þessum efnum. Hins vegar hafa dómara til hliðsjónar og leiðsagnar þau atriði sem löggin tilgreina, upp að því marki sem þau greina svo frá. Á hvaða leið og hvernig gagnaöflun sé háttáð verða þeir að meta á grundvelli þess sem fyrir liggur í hverju einstaka máli.³⁹

Þegar dómari ákveður hvort leita skuli eftir áliti sérfróðs manns þarf hann að meta það út frá því hvort raunveruleg þörf sé fyrir það. Á það einkum við þegar dómari getur ekki tekið afstöðu til sakarefnisins byggða á grundvelli þeirra gagna sem lögð hafa verið fram í málinu eða möguleiki er á að afla á annan hátt.⁴⁰

Oft á tíðum getur það haft mikla þýðingu fyrir úrlausn máls að sérfræðialits sé aflað til að mynda þegar framkvæma þarf sérstakt mat á eiginleikum og hæfni foreldra eða tengsl barns við foreldra, systkini og umhverfi sitt. Einnig getur

³⁷ Frumvarp til barnalaga, þskj. 181, 180. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/alttext/128/s/0181.html> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

³⁸ Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 74.

³⁹ Sama heimild, bls. 37.

⁴⁰ Sama heimild, bls. 84.

sérfræðingur mögulega gefið mat á því hvernig barn muni bregðast við breytingum og ráðstöfunum, það er að segja hann getur dregið upp mynd af þeim áhrifum sem barnið kann að verða fyrir.⁴¹

Þó svo að aldrei verði hægt að fullyrða að nægjanlegar athuganir hafi farið fram á öllum þáttum áður en dómar eru kveðnir upp í forsjármálum, þá er engu að síður stefnt að því markmiði með lagareglum um gagnaöflun. Niðurstöður athugana geta leitt í ljós að ekki sé komist að niðurstöðu með afgerandi hætti um hvað sé barninu fyrir bestu og einnig getur hvor forsjáin fyrir sig haft ókosti og á sama tíma kosti.⁴²

3.2.2.1.1. Matsmenn í forsjármálum

Sérfræðingar sem fengnir eru til að gefa sérfræðiálit í forsjármálum eru í flestum tilfellum sálfræðingar⁴³. Þeir sem bera starfsheitið sálfræðingur skv. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 40/1976 um sálfræðinga geta lagt fyrir sálfræðiþróf, þar sem niðurstaða þeirra getur haft áhrif á niðurstöðu ágreinings um forsjá barns. Er þá jafnframt mikilvægt að viðkomandi sálfræðingar búi einnig yfir reynslu og þjálfun sem felur í sér þekkingu og færni til þess að leggja slík þróf fyrir og lesa úr niðurstöðum þeirra bæði við mat á foreldrum og börnum.⁴⁴ Það verk sem sérfræðingur hefur með höndum í dómsmáli er að framkvæma þær athuganir sem óskað er eftir að hann geri.⁴⁵ Sá tilgangur sem felst í athugunum og úrvinnslu sérfræðinganna er að byggja traustan grundvöll fyrir niðurstöðu dómarsins sem hann getur reist úrlausn sína um forsjá á. Sé vandað til verka eru þeim mun meiri líkur á því að markviss umfjöllun verði af hálfu dómstólsins um málið. Er á þann hátt ýtt undir líkur þess að komist verði að sem réttastri niðurstöðu sem sé barni fyrir bestu.⁴⁶

Hefur Siðanefnd Sálfræðingafélags Íslands ráðlagt sálfræðingum frá því að taka að sér hlutverk álitsgjafa í forsjármálum nema um sé að ræða beiðni frá báðum aðilum máls eða dómstólum.⁴⁷ Um störf sálfræðinga í dómsmálum hefur verið bent á

⁴¹ Sama heimild, bls. 85.

⁴² Sama heimild, bls. 11.

⁴³ Siðanefnd Sálfræðingafélags Íslands, „Leiðbeiningar um hlutverk sálfræðinga í forsjármálum“, ágúst 2004. Aðgengileg á <http://sal.is/Augl%C3%BDsingar/Hlutverksalfr%C3%A6%C3%B0ingaforsjarmalum.pdf> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

⁴⁴ Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 87.

⁴⁵ Sama heimild, bls. 89.

⁴⁶ Sama heimild, bls. 92.

⁴⁷ Siðanefnd Sálfræðingafélags Íslands, „Leiðbeiningar um hlutverk sálfræðinga í forsjármálum“, ágúst 2004. Aðgengileg á <http://sal.is/Augl%C3%BDsingar/Hlutverksalfr%C3%A6%C3%B0ingaforsjarmalum.pdf> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

að þeir verði að gera sér grein fyrir að krafist er sérstakrar færni og sérþekkingar af þeirra hálfu. Þar sem hlutverk þeirra er að aðstoða við að finna lausn á máli þar sem hagsmunir barnsins eru ávallt hafðir að leiðarljósi. Skoða verði sjónarmið allra málsaðila við framkvæmd mats og gæta verði þess í niðurstöðum hans. Enn fremur verði sálfræðingar að gæta að sjálfstæði sínu og óhlutdrægni þar sem uppbygging matsins skuli fyrst og fremst vera reist á hans eigin athugunum, þótt athugandi gæti verið að nokkrir sérfræðingar bæru saman bækur sínar til að auka áreiðanleika matsins.⁴⁸

Niðurstöður mats skuli vera byggðar á útkomu athugana sem unnar hafa verið af fagmennsku og ályktunum sem eru í samræmi við rannsóknargögn og siðareglur Sálfræðingafélags Íslands.⁴⁹

Þar sem við það er miðað í forsjármálum að sérfræðingur sé einn sem gefi undirmat er þá í samræmi við 64. gr. eml. að við yfirmat séu þeir tveir.

Í einkamálum er það yfirleitt svo að aðilar sjá um kostnað vegna gagnaöflunar sinnar. Þó getur dómari ákveðið að kostnaður vegna gagnaöflunar sem hann mælir fyrir um eða vegna gagna sem hann sjálfur aflar greiðist úr ríkissjóði sbr. 4. mgr. 42. gr. bal.

3.2.2.1.2. Efnistöð matsgerða

Þegar sérfræðingar vinna að álitgerð í forsjármáli fyrir dómstóla er mismunandi hversu yfirgripsmikið matið getur verið. Stundum er nægjanlegt að meta tiltekin einstök atriði en í öðrum tilfellum getur þurft að fá heildarmat á öllum aðstæðum barns. Hvernig sem matið er uppbyggt, getur það tekið á ýmsum þáttum, meðal annars hvernig geðheilsa foreldra er, hvort barn þarfnist sérumönnunar, óska barns og hvort foreldranna sé líklegra til að stuðla að eðlilegum þroska hjá barninu. Enn fremur getur verið um að ræða hverjir persónulegir eiginleikar og hagir aðila máls eru, aldur barna, systkinahóps og húsnæðismála foreldra svo fátt eitt sé nefnt. Matsgerðir sem framkvæmdar eru af sérfræðingum, hvort sem átt er við heildarmat eða einstök atriði þá byggja þeir niðurstöður sínar á ýmsum tegundum prófana og athugana sem byggðar eru á faglegri þekkingu þeirra og framkvæmdar í samræmi við viðurkenndar aðferðir sérfræðinga á því sviði. Sálfræðiþróf hafa til að mynda verið

⁴⁸ Sama heimild.

⁴⁹ Sama heimild.

þróuð og almennt viðurkennd.⁵⁰ Er sálfræðingum ráðlagt að nota aðeins þau próf sem talin eru til þess fallin að varpa ljósi á málið sem til umfjöllunar er og túlka niðurstöður þeirra í samræmi við þau mörk sem prófin ná til. Hafa ber í huga að matið sé nægjanlega ítarlegt og nákvæmt en samt sem áður ekki víðfeðmara en nauðsyn krefst.⁵¹ Einnig er mjög algengt að óskað sé álits sérfræðinga á tilhögun umgengni.

Í starfi skal sálfræðingur afla nauðsynlegra gagna sem lögð eru til grundvallar í matsgerð hans. Upplýsingaöflun hans fer fram með viðtölum við málsaðila. Til viðbótar þeim ellefu atriðum sem talin eru upp í athugasemdum við frumvarp barnalaga nr. 76/2003 og þeim atriðum sem kunna að vera sérstaklega nefnd í matsbeiðni skulu sálfræðingar almennt leitast við að safna upplýsingum um andlegan þroska barnsins, hugsanlegar óskir þess varðandi deiluefnið og tengsl barnsins við foreldrana. Enn fremur hæfni hvors foreldris fyrir sig til uppeldis, hæfni þeirra til samvinnu, fjárhagslega stöðu og möguleika þeirra til að sjá barninu fyrir örvandi og uppeldisvænu umhverfi.⁵²

Sálfræðingur metur það í hverju tilviki fyrir sig hvort þörf sé á að leita umsagnar frá þriðja aðila um þroska og hæfni foreldris og barns. Er þá ráðlagt að leita samþykkis foreldra og getur þá ýmist verið átt við að leita til sérfræðinga, skólafyrirvalda, ættingja eða heilbrigðis- og félagsþjónustuaðila.⁵³

Hafa ber í huga að vinni fleiri sálfræðingar að athugununum og þeir beri saman bækur sínar getur áreiðanleiki matsgerðarinnar aukist og teljist traustara sönnunargagn.⁵⁴

Héraðsdómarar geta kvatt til meðdómsmenn, annars vegar ef dómari telur að þörf sé á sérkunnáttu í dómi til að leysa úr máli þar sem deilt er um staðreyndir sem bornar eru fram sem málsástæður sbr. 2. mgr. 2. gr. eml. Hins vegar geta dómarar leitað aðstoðar þegar mál er umfangsmikið eða sakarefni er mjög mikilvægt út frá almennu sjónarmiði sbr. 3. mgr. 2. gr. eml.

⁵⁰ Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 82-83.

⁵¹ Siðanefnd Sálfræðingafélags Íslands, „Leiðbeiningar um hlutverk sálfræðinga í forsjármálum“, ágúst 2004. Aðgengileg á <http://sal.is/Augl%C3%BDsingar/Hlutverksalfr%C3%A6%C3%B0ingaforsjarmalum.pdf> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

⁵² Sama heimild.

⁵³ Sama heimild.

⁵⁴ Sama heimild.

Þegar meta skal hvaða gagna skuli afla verður að ætla að sérfróðir meðdómsmenn geti spilað þar stórt hlutverk og geti leiðbeint og tekið afstöðu til hvernig gagnaöflun skuli háttað. Þegar dómur kemst að niðurstöðu í máli, verður að ætla að hlutverk sérfróðra meðdómsmanna geti vegið þungt og mikið geti reynt á sérþekkingu þeirra. Á grundvelli þekkingar og menntunar sinnar eru sérfróðir meðdómsmenn betur í stakk búnir heldur en dómari til að leggja mat á hvaða atriði þurfi að leiða í ljós með sérfræðilegum matsgerðum, hverrar sérfræðiþekkingar það krefjist og hvenær telja megi að gagnaöflun sé orðin fullnægjandi.⁵⁵

⁵⁵ Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 39-40.

4. Sönnunargildi matsgerða í forsjármálum

4.1. Yfirlit

Dómari hefur frjálst sönnunarmat í einkamálum og þegar kemur að því hvaða sönnunargildi matsgerðir hafi í tilteknu máli, er annað óhugsandi en að miklu máli skipti hversu traustar og áreiðanlegar þær eru. Í öllum dómum Hæstaréttar⁵⁶ sem hafa fallið eftir setningu barnalaganna nr. 76/2003 hefur matsgerð verið framkvæmd eða eldri matsgerð lögð fram í máli.

4.2. Vísað til matsgerðar

Dómstólar hafa ítrekað vísað til matsgerða og byggt niðurstöðu sína meðal annars á því sem þar fram kemur⁵⁷ sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 193/2010. Þar deildu foreldrar um forsjá þriggja barna sinna. Forsjárhæfni þeirra beggja var talin ágæt samkvæmt matsgerð sálfræðings og enn betri ef þau gætu unnið saman. Taldi héraðsdómur að: „með hliðsjón af mati dómkvadds matsmanns og vilja stúlkunnar A sem matsmaður hefur lýst þykir rétt að ákveða að umgengni stefnanda við stúlkuna A skuli vera þannig (...)”⁵⁸ og notaði hann þessa vísun til matsgerðarinnar sem rökstuðning niðurstöðu sinnar. Var niðurstaðan sú að móðirin færi með forsjána en faðirinn skyldi hafa ríka umgengni. Hæstiréttur staðfesti niðurstöðu héraðsdóms og sagði enn fremur: „Áður var greint frá niðurstöðu tveggja matsgerða og þar á meðal því að hagsmunir barnanna standi ekki til þess að skipta forsjá þeirra milli málsaðila. Samkvæmt því verður niðurstaða héraðsdóms staðfest.”⁵⁹

Í máli Hæstaréttar nr. 431/2007 deildu foreldrar um forsjá tveggja dætra sinna. Var málið einkum tilkomið vegna andlegra veikinda móður, en samkvæmt vottorði hafði hún hins vegar náð góðri heilsu. Var sálfræðingur fenginn til að framkvæma sálfræðilegt mat á aðilum og meta aðstæður. Héraðsdómur sagði í niðurstöðum sínum „að ekki sé forsenda til þess að efast um hæfni stefndu til þess að sinna dætrum sínum. Nægjanleg gögn liggja ekki fyrir um hvort veikindi hennar hafi haft eða muni hafa áhrif á dæturnar, aðra hvora eða báðar.”⁶⁰ Fól héraðsdómur móðurinni forsjána. Í Hæstarétti var meðal annars lögð fram ný matsgerð og í niðurstöðum

⁵⁶ Sjá Hrd. 350/2010, Hrd. 399/2010, Hrd. 193/2010, Hrd. 2/2010, Hrd. 303/2009, Hrd. 256/2009, Hrd. 197/2009, Hrd. 179/2009, Hrd. 90/2009, Hrd. 38/2009, Hrd. 652/2008, Hrd. 140/2008, Hrd. 608/2007, Hrd. 431/2007, Hrd. 114/2007, Hrd. 435/2006, Hrd. 101/2006 og Hrd. 548/2005.

⁵⁷ Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 115.

⁵⁸ Hrd. 193/2010 [sjá 9. mgr. V. kafla héraðsdóms].

⁵⁹ Hrd. 193/2010 [sjá 2. mgr. II. kafla].

⁶⁰ Hrd. 431/2007 [sjá 6. mgr. 3. hluta í niðurstöðum héraðsdóms].

dómsins vísar hann til niðurstaðna héraðsdóms og segir enn fremur á þessa leið: „Með hliðsjón af álitum þeirra tveggja sálfræðinga, sem dómkvaddir hafa verið til matsstarfa í málinu, og öðrum gögnum þess er ekki tilefni til að haggja þessu mati héraðsdóms.“⁶¹ Var héraðsdómur þar með staðfestur í Hæstarétti.⁶²

Í Hrd. 2/2010⁶³ var niðurstaða matsgerðar sem framkvæmd var á héraðsdómsstigi, sú að talið væri að báðir aðilar væru forsjárhæfir. Í niðurstöðu sinni segir Hæstiréttur að „samkvæmt matsgerð dómkvadds manns eru báðir aðilar vel hæfir til að fara með forsjá barnanna.“⁶⁴ Af orðalagi dómsins má sjá að niðurstaða matsmanns var ótvírætt lögð til grundvallar og ákvörðun um forsjá barnanna tekin út frá þeirri staðhæfingu. Þótt önnur atriði hafi verið tekin til skoðunar og forsjáin ákveðin að teknu tilliti til þeirra, þá er ljóst að matsgerðin setti það viðmið sem dómurinn gekk út frá í ákvörðun sinni.

Hæstiréttur hefur í niðurstöðum sínum vísað til forsendna héraðsdóms án þess að vísa beint til matsgerðar sjálfur. Verður að telja að þar sé einnig um að ræða ríkt sönnunargildi matsgerðar svo framarlega sem héraðsdómur hefur í sinni niðurstöðu lagt matsgerðina til grundvallar og vísar til hennar. Hér má nefna Hrd. 90/2009⁶⁵, þar sem héraðsdómur tók ákvörðun um að forsjá barns skyldi vera hjá föðurnum og grundvallaðist hún á niðurstöðum matsmanns um foreldrana. Staðfesti Hæstiréttur dóm héraðsdóms með vísan til forsendna hans.⁶⁶ Samkvæmt þessu má vera að óbein vísun til matsgerða felist í staðfestingu Hæstaréttar á héraðsdómi, þrátt fyrir að hann fari ekki beinum orðum um þær. Skal hér einnig litið til máls Hrd. 256/2009 þar sem móðir freistaði þess í þriðja sinn að vera falin forsjá barna sem faðirinn hafði verið með forsjá yfir. Nokkrar matsgerðir höfðu verið framkvæmdar og einnig farið fram yfirmat. Í niðurstöðu sinni sagði héraðsdómur að „allgóð mynd hefur fengist af högum málsaðila undanfarin ár, enda hefur verið aflagð matsgerða nokkurra

⁶¹ Hrd. 431/2007 [sjá 5. málsgrein].

⁶² Sbr. einnig Hrd. 350/2010, Hrd. 399/2010, Hrd. 197/2009, Hrd. 652/2008, Hrd. 140/2008, Hrd. 608/2007, Hrd. 435/2006, Hrd. 101/2006 og 548/2005.

⁶³ Hrd. 2/2010: Báðir aðilar taldir hæfir að fara með forsjána samkvæmt matsgerð. Til að tryggja velferð barnanna var með vísan til matsgerðar og þess að líklegt væri að móðirin myndi virða umgengnisrétt barnanna og föðurins, ákveðið að móðirin færi með forsjána. Hæstiréttur staðfesti héraðsdóm með vísan til matsgerðar og þess að hjá móðir yrði talið að betur yrði stuðlað að góðu sambandi barnanna við báða foreldrana.

⁶⁴ Hrd. 2/2010 [sjá 6. málsgrein].

⁶⁵ Hrd. 90/2009: Móðir hafði átt í mikilli fíkniefnaneyslu og föður verið fengin bráðabirgðaforsjá. Í héraðsdómi var fenginn sálfræðingur til að meta forsjárhæfni aðilanna og mat hann aðstæður þannig að svo stöddu að ekki yrði séð að forsendur væru fyrir að breyta forsjánni. Héraðsdómur vísaði til álita matsmanns í niðurstöðu sinni og var dómurinn staðfestur í Hæstarétti.

⁶⁶ Sjá einnig Hrd. 114/2007.

sálfræðinga í tilefni af þessum málaferlum.⁶⁷ Væri sýnt að báðir foreldrarnir væru hæfir forsjáraðilar. Sagði hann enn fremur: „Að þessu virtu er það niðurstaða dómsins að ekki hafi verið sýnt fram á að slíkar breytingar hafi orðið á högum málsaðila að réttlætt gæti breytingu á forsjá.“⁶⁸ Væri einnig mjög mikilvægt að eðlileg umgengni væri áfram við móðurina. Hæstiréttur staðfesti héraðsdóm með vísan til forsendna hans.⁶⁹

4.3. Forsendur héraðsdóms og frekari gögn

Í dómum Hæstaréttar hafa sumir dómar héraðsdóms verið staðfestir einungis með vísan til forsendna hans. Má hér vísa til fyrrgreinds Hrd. 256/2009.⁷⁰

Í nokkrum dómum hefur Hæstiréttur vísað til forsendna niðurstaðna héraðsdóms ásamt því að styðjast við frekari gögn sem lögð hafa verið fram fyrir dóminn. Má hér nefna dóm Hæstaréttar í máli nr. 114/2007 þar sem dómkvaddur matsmaður var fenginn á héraðsdómsstigi til að meta meðal annars eiginleika, hagi og tengsl aðila og sonar þeirra. Héraðsdómur vísar til matsgerðarinnar í niðurstöðum sínum og segir að báðir aðilar séu forsjárhæfir, en hins vegar sé ekki hægt að líta fram hjá reiði og biturð föðurins og fjölskyldu hans samkvæmt matsmanni. Var talið barninu fyrir bestu að móðirin færi með forsjána. Í Hæstarétti voru lögð fram gögn þess efnis að barnið hafi aðlagast nýju umhverfi vel eftir uppkvaðningu héraðsdóms. Komst dómurinn svo að orði „að þessu athuguðu og að öðru leyti með vísan til forsendna héraðsdóms verður hann staðfestur“.⁷¹

Í þessu sambandi skal einnig vísa til Hrd. 435/2006. Þar höfðu foreldrar áður átt í forsjárdeilu þar sem föðurnum var falin forsjáin. Í nýja málinu var dómkvaddur matsmaður en varð faðirinn ósamvinnuþýður við gerð þess. Einnig fór fram yfirmat þar sem meðal annars kom fram að faðirinn hafi ekki verið samvinnufús við að vinna með yfirvöldum að því að koma á ýmsum sérúrræðum fyrir börnin þar sem þau hafi sérstakar þarfir. Í niðurstöðum sínum vísar héraðsdómur til matsgerðanna og segir að aðstæður hafi breyst mikið frá því fyrra málið hafi verið til meðferðar og nú beri svo undir að ótvírætt sé fyrir börnin að móðirin fari með forsjána. Hæstiréttur komst svo að orði:

⁶⁷ Hrd. 256/2009 [sjá 1. mgr. niðurstaðna héraðsdóms].

⁶⁸ Hrd. 256/2009 [sjá 5. mgr. niðurstaðna héraðsdóms].

⁶⁹ Sjá einnig Hrd. 303/2009.

⁷⁰ Sjá einnig Hrd. 90/2009.

⁷¹ Hrd. 114/2007 [sjá 4. málsgrein].

Eftir uppkvaðningu héraðsdóms hafa orðið margvíslegir árekstrar milli aðilanna vegna barnanna, sem og milli áfrýjanda og yfirvalda. Þau atvik hafa síst orðið til að draga úr þeim vanda, sem börnin stóðu áður frammi fyrir og rekja má að minnsta kosti að hluta til ósættis foreldranna. Í sérfræðiskýrslum, sem gerð er grein fyrir í héraðsdómi, kemur meðal annars fram að áfrýjandi hafi reynt ófús til samstarfs við skóla og barnaverndaryfirvöld, sem hafi leitast við að veita börnunum þá aðstoð, sem þörf er á. Af nýjum sérfræðigögnum, sem lögð hafa verið fyrir Hæstarétt, verður ráðið að breyting hefur ekki orðið á afstöðu áfrýjanda að þessu leyti. Að þessu virtu og að öðru leyti með vísan til forsendna héraðsdóms verður hann staðfestur.⁷²

Samkvæmt þessum dómum notar Hæstiréttur nýju gögnin sem stuðning og með þeim efli hann og styrki þær niðurstöður sem héraðsdómur komst að.⁷³ Hins vegar getur einnig borið svo undir að héraðsdómur sé staðfestur án þess að ný gögn hafi verið færð fram en hins vegar bæti Hæstiréttur í rökstuðning. Í þessu samhengi er hægt að vísa til Hrd. 350/2010⁷⁴ þar sem dómurinn vísaði til þess að matsgerð hafði ekki verið hnekkt með yfirmati og sagði Hæstiréttur „að þessum meginatriðum gættum, en að öðru leyti með vísan til forsendna hins áfrýjaða dóms verður hann staðfestur.“⁷⁵ Var héraðsdómur óraskaður.⁷⁶

Til viðbótar má athuga dóm Hæstaréttar í máli nr. 101/2006. Foreldrar deildu um forsjá sonar síns. Í niðurstöðu héraðsdóms vísaði hann til yfirmatsgerðar þar sem talið var að báðir aðilar væru forsjárhæfir. En að teknu tilliti til allra aðstæðna væri barninu fyrir bestu að móðirin færi með forsjána. Í Hæstarétti var tekið fram að eftir uppsögu héraðsdóms hafi verið kvaddur matsmaður til að meta tengsl barns við foreldra sína og fjölskyldu. Var matsgerð hans lögð fram ásamt endurriti af skýrslu matsmanns fyrir héraðsdómi og athugasemdum leikskóla við matsgerðina. Án þess að taka sérstaka afstöðu til gagnanna staðfesti Hæstiréttur héraðsdóm með vísan til forsendna hans. Má velta því upp hvort Hæstiréttur telji óþarft að taka slíka afstöðu þegar svo ber undir að vísað er til forsendna héraðsdóms og þær séu nægjanlegur rökstuðningur. Einnig hreyfi hin nýju gögn sem lögð hafi verið fram ekki við niðurstöðunni.

Á hinn bóginn er hægt að taka til umfjöllunar dóm í máli nr. 303/2009⁷⁷ þar sem lögð höfðu verið fram ný gögn fyrir Hæstarétt, annars vegar matsgerð og hins vegar

⁷² Hrd. 435/2006 [sjá 5. málsgrein].

⁷³ Sjá einnig Hrd. 140/2008, Hrd. 431/2007 og Hrd. 548/2005.

⁷⁴ Hrd. 350/2010 er reifaður í kafla 4.4.

⁷⁵ Hrd. 350/2010 [sjá 3. mgr. III. kafla].

⁷⁶ Sjá einnig Hrd. 399/2010, Hrd. 197/2009 og Hrd. 38/2009 (er varðar ákvörðun forsjár).

⁷⁷ Hrd. 303/2009: Aðilar deildu um forsjá sonar síns. Taldi meirihluti dómsins að báðir foreldrarnir væru hæfir til að fara með forsjá hans skv. niðurstöðum undir- og yfirmats. Að teknu tilliti til gagna og atriða málsins var talið best fyrir drenginn að vera áfram í forsjá föður síns. Matsgerð var framkvæmd eftir uppsögu héraðsdóms að beiðni móður, þar sem fram kom og ásamt öðrum gögnum að faðirinn hafði

gögn sem gáfu til kynna að tálmun hafði átt sér stað af hálfu stefnda vegna annars barns aðilanna. „Þótt stefndi hafi með þessari háttsemi ekki virt hagsmuni barnsins nægir það ekki til að fá því breytt að héraðsdómur verður staðfestur með vísan til forsendna hans.“⁷⁸ Með öðrum orðum var það niðurstaða Hæstaréttar að þrátt fyrir hegðun stefnda væri samt sem áður ekki tilefni til að raska héraðsdómi. Athygli vekur að Hæstiréttur fjallar ekkert frekar um hina nýju matsgerð.

4.4. Yfirmat

Þegar yfirmats er leitað er því ætlað að endurskoða þau atriði sem áður hefur verið aflað með undirmatsgerð eins og fyrr segir. Þar sem matsmenn í yfirmati eru ávallt fleiri en í undirmati sbr. 63. gr. eml. skal ætla að yfirmat búi yfir ríkara sönnunargildi. Sé niðurstaða yfirmats samhljóða undirmati má reikna með að niðurstaðan feli í sér enn sterkara sönnunargildi heldur en ef einungis liggur fyrir niðurstaða undirmatsgerðar. Með samhljóða niðurstöðum sé komin fram enn sterkari sönnun sem dómstólar geti lagt til grundvallar og veigri sér við að endurskoða sé rétt að matsgerðunum staðið. Séu undirmat og yfirmat ekki samhljóða má þó leiða líkur að því að yfirmatið vegi þyngra í hugum dómara, þar sem fleiri sérfræðingar vinna að gerð matsins.

Yfirmats hefur verið aflað í nokkrum forsjármálum síðustu árin. Í Hrd. 608/2007⁷⁹ var framkvæmt yfirmat sem var samhljóða undirmatinu á þá leið að faðirinn væri hæfari til að fara með forsjá barns. Var niðurstaða dómsins í samræmi við það með vísan til prófana sálfræðinga og annarra aðstæðna málsins. Má leiða að því líkur að þótt dómurinn vísi ekki beint til hversu sterkt sönnunargildi matsgerðirnar hafa þá vilji dómurinn heldur ekki hreyfa við þeirri niðurstöðu sem sérfræðingar hafa komist að.⁸⁰

Þegar Hæstiréttur vísar til þess að matsgerð hafi ekki verið haggð með yfirmati, verður að ætla að hann sé með öðrum orðum að segja að þá beri að leggja þau atriði

tálmað umgengni annars barns þeirra. Sagði Hæstiréttur að þótt faðirinn hafi ekki virt hagsmuni barnsins eins og skyldi, þá myndi þetta ekki nægja til þess að niðurstöðu héraðsdóms yrði breytt.

⁷⁸ Hrd. 303/2009 [sjá 4. málsgrein].

⁷⁹ Hrd. 608/2007: Samkvæmt matsgerð dómkvaddis sálfræðings voru báðir aðilar hæfir til að fara með forsjána en þó væri persónuleg hæfni föðurins meiri. Móðirin fór fram á yfirmat og voru niðurstöður þess af sama toga og undirmatsins einnig sem það væri í samræmi við óskir barnsins. Héraðsdómur vísaði til matsgerðanna og sagði að sérfræðingarnir sem standi á bak við þær telji allir að faðir og móðir séu hæf en þó sé hæfi föðurins meira. Hæstiréttur staðfesti niðurstöðu héraðsdóms og vísaði meðal annars til prófana matsmanna og aðstæðna í heild.

⁸⁰ Sjá einnig Hrd. 303/2009, umfjöllun héraðsdóms í Hrd. 256/2009, Hrd. 435/2006 og Hrd. 101/2006.

sem fram koma í undirmatsgerð til grundvallar í úrlausn máls. Í Hrd. 197/2009⁸¹ komst Hæstiréttur svo að orði: „Niðurstaða dómkvadds matsmanns að aðilar væru bæði hæf til að fara með forsjá barns þeirra og hefur því mati ekki verið haggð með yfirmatsgerð.“⁸² Jafnframt vísaði dómurinn til samhljóðandi niðurstaðna héraðsdóms og staðfesti hann.

Á svipuðum nótum er orðalag Hæstaréttar í máli 652/2008. Þar hafði sálfræðingi verið falið að gera matsgerð og samkvæmt niðurstöðu hennar voru báðir aðilar hæfir til að fara með forsjá. Á heildina litið kom faðirinn betur út úr matinu heldur en móðirin, barnið vildi frekar vera hjá föður sínum, en á móti kom neikvæð afstaða föðursins gagnvart lyfjagjöfum barnsins vegna athyglisbrests. Taldi matsmaður að faðirinn áttaði sig ekki á umfangi vandans eins og móðirin. Héraðsdómur tók fram að þarna vegist á gagnstæð sjónarmið. Dómurinn ákvað að móðirin skyldi fara með forsjána vegna þess „að ekki sé forsvaranlegt að hunsa ráðleggingar sérfræðinga varðandi meðhöndlun á athyglisbresti drengsins sem telja velferð barns með röskun sem þessa vera undir því komin að hún sé meðhöndluð með lyfjagjöf.“⁸³ Í niðurstöðu Hæstaréttar sagði dómurinn að: „matsgerð sálfræðingsins (...) er ítarleg og hefur henni ekki verið hnekkð með yfirmatsgerð.“⁸⁴ Foreldrarnir teljist hæfir en niðurstöður matsmannsins séu föður í vil og hann komi „í heild ótvírætt betur út í þessu mati sem uppalandi drengsins.“⁸⁵ Einnig hafi komið fram fyrir Hæstarétti að faðirinn hafi lýst því yfir að hann sé reiðubúinn til að hlusta og fara eftir leiðsögnum sérfræðinga varðandi lyfjagjöf drengsins. Þar með taldi Hæstiréttur forsendur vera breyttar fyrir niðurstöðu dómsins út frá yfirmatinu og fól föðurnum forsjá drengsins.

Einnig skal bent á rökstuðning Hæstaréttar í máli 350/2010⁸⁶:

⁸¹ Hrd. 197/2009: Foreldrar deildu um forsjá dóttur þeirra. Matsgerð sem unnin var af sálfræðingi leiddi ekki afdráttarlaust í ljós hver niðurstaða matsmannsins um forsjárhæfni aðila hafi verið, en fyrir dómi sagði matsmaður að hann teldi aðilana báða hæfa til að fara með forsjána. Dómurinn taldi það þjóna hagsmunum barnsins best að móðirin fari með forsjána. Hæstiréttur vísar til matsgerðarinnar og segir að samkvæmt niðurstöðu hennar séu báðir aðilarnir hæfir til að fara með forsjána og hafi því mati ekki verið haggð með yfirmatsgerð. Vísar dómurinn enn fremur til niðurstöðu héraðsdóms sem hafi verið skipaður sérfróðum meðdómsmönnum og staðfesti niðurstöðu hans.

⁸² Hrd. 197/2009 [sjá 4. málsgrein].

⁸³ Hrd. 652/2008 [sjá 22. mgr. 5. kafla héraðsdóms].

⁸⁴ Hrd. 652/2008 [sjá 1. mgr. III. kafla].

⁸⁵ Hrd. 652/2008 [sjá 1. mgr. III.kafla].

⁸⁶ Hrd. 350/2010: Aðilar höfðu lengi deilt um forsjá þriggja dætra sinna. Samkvæmt matsgerð sálfræðingsins voru báðir foreldrar vel hæfir til að fara með forsjána. Héraðsdómur sagði í niðurstöðu sinni að taka beri tillit til eindreginna óska eldri stúlkanna um að vera hjá móður sinni. Í matinu hafi verið tekið fram að ekki sé neitt sem réttlætt geti tvístrun systranna. Héraðsdómur var staðfestur í Hæstarétti þar sem vísað var til forsendna hans og einnig vísað til matsgerðarinnar sem ekki hafi verið hnekkð með yfirmati. Hæstiréttur kemst svo að orði að í

Í matsgerð dómkvadds manns, sem aflað var undir rekstri málsins í héraði og ekki hefur verið hnekkð með yfirmati, var komist meðal annars að þeirri niðurstöðu að ekkert liggi fyrir, sem geti „réttlætt skiptingu systrahópsins þannig að eitt barn fari til föður og hin séu hjá móður.“ Að þessum meginatriðum gættum, en að öðru leyti með vísan til forsendna hins áfrýjaða dóms verður hann staðfestur.⁸⁷

Samkvæmt þessum dómum ber Hæstiréttur mikið traust til matsmanna, sér í lagi þeirra sem framkvæmt hafa yfirmatsgerð og virðist sem hann vilji ekki hrófla við því mati sem þeir hafa framkvæmt.

4.5. Anmarkar og aðfinnslur

Þegar kemur að því að meta hvort matsgerð sé lögð til grundvallar í dómsmáli skiptir einnig miklu hvort vel sé vandað til verka og hversu vel hún er rökstudd.⁸⁸ Í máli Hrd. 38/2009 deildu foreldrar af erlendum uppruna um forsjá dóttur sinnar. Dómkvaddur var sálfræðingur sem taldi föðurinn síður hæfan en móðurina til að fara með forsjána. Þau atriði sem helst réðu niðurstöðu hans voru staðhæfingar um að faðirinn léti barnið ekki vera í barnabílstól í bílnum, hún færi með honum í karlaklefa í sundi og að stúlkan hafi ekki gegnt föður sínum í eitt sinn um að hætta að sprauta vatni úr slöngu við húsið. Af þessu mætti ráða að föðurinn skorti innsæi í þarfir stúlkunnar og ætti erfiðara með að setja henni mörk heldur en móðirin. Hins vegar var héraðsdómur ekki sannfærður því hann taldi vera annmarka á framangreindri matsgerð. Segir hann svo: „dómurinn telur hæpið að hrapa að þeirri ályktun, sem matsmaður komst að við þetta tækifæri.“⁸⁹ Var þarna verið að vísa til að niðurstöður matsmannsins hafi verið byggðar á ómarktækum atvikum sem ekki væri rétt að leggja til grundvallar. Héraðsdómur sagði að hins vegar hefði afgerandi áhrif að móðirin tali íslensku en ekki faðirinn. Var Hæstiréttur sammála héraði um það að vankantar hafi verið á matsgerð sálfræðingsins en vegna getu móðurinnar til að tala íslensku verði að telja hana fremri föðurnum til að aðstoða barnið í námi og sinna samstarfi við skóla. Af þessu má leiða þær líkur að þrátt fyrir annmarka á matsgerð geti aðrir þættir sem eðlilega sé staðið að vegið þyngra en þeir sem eru aðfinnsluverðir.

Fræðimenn hafa um það fjallað að líklegra sé að skýrsla sérfræðings verði lögð til grundvallar við úrlausn dómsmáls séu ákveðnir þættir uppfylltir. Það skiptir því máli

stað þess að hugsa um hag og velferð barna sinna, þá hafi aðilarnir sýnt af sér fádæma skeytingarleysi. Endurspegladist þessi niðurstaða í því að móðirin hafði ítrekað lagt tálmanir við því að dæturnar umgengjust föður sinn og faðirinn ítrekað beitt íturstu úrræðum laga til að fylgja eftir umgengninni með valdbeitingu.

⁸⁷ Hrd. 350/2010 [sjá 3. mgr. III. kafla].

⁸⁸ Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 115.

⁸⁹ Hrd. 38/2009 [sjá 7. mgr. IV. kafla héraðsdóms].

hvaða atriði hafa verið metin og skoðuð af sérfræðingi þegar meta eigi sönnunargildi matsins. Einnig hefur það áhrif hvernig skoðunin fór fram og er mikilvægt að með augljósum hætti komi fram hvað athuganir sérfræðings hafi leitt í ljós. Síðast en ekki síst er afar mikilvægt að rökstyðja niðurstöður til hlítar.⁹⁰

Þegar skýrslur sérfræðinga eru vel unnar og rökstuðningur er fullnægjandi þá eru þær oft lagðar til grundvallar dómsúrlausn.⁹¹ Verða niðurstöðurnar að vera byggðar á fullnægjandi athugunum og rannsóknum matsmanns á álitaefninu, svo unnt sé fyrir dóminn að taka mið af þeim við framvindu málsins og við ákvörðun á því hvort foreldrið skuli fara með forsjá barnsins.⁹² Sbr. dóm Hæstaréttar í fyrrgreindu máli nr. 38/2009.

Þessu til stuðnings er einnig hægt að vísa til dóms í máli Hrd. 179/2009⁹³. Voru aðstæður um margt ólíkar öðrum þeim dómum sem fallið hafa frá lagasetningu barnalaganna, þar sem ekki var aflað matsgerðar dómsskavdds matsmanns við meðferð málsins. En þannig háttaði hins vegar til að foreldrarnir höfðu áður átt í forsjárdeilu þar sem matsgerðar var aflað. Segir í dómi Hæstaréttar:

Í málinu liggja ekki fyrir önnur gögn um hæfni aðilanna til að fara með forsjá sona sinna en áður nefnd matsgerð, sem aflað var undir rekstri fyrra dómsmáls þeirra. Þótt þeirri matsgerð hafi verið lokið fyrir nærfellt tveimur árum hefur ekkert verið fært fram, sem bendir til að aðstæður aðilanna hafi breyst svo að máli skipti með tilliti til matsefnisins.⁹⁴

Að framangreindu virtu verður að telja að svo framarlega sem ekkert athugavert sé við eldri matsgerðir og ekki sé sýnt að aðstæður aðila hafi breyst frá því þær voru gerðar, þá séu eldri matsgerðir góðar og gildar til sönnunarfærslu.

Hins vegar í Hrd. 101/2006⁹⁵ segir héraðsdómur: „Vegna annmarka á matsgerð skorti dómendur haldbetri upplýsingar um forsjárhæfi og foreldrahæfni aðila til að efnisdómur yrði réttilega lagður á málið.“⁹⁶ Ástæður umræddra annmarka voru einkum að settur héraðsdómari í málinu dómkvaddi sálfræðing til starfans. Þegar að

⁹⁰ Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 119.

⁹¹ Sama heimild, bls. 92.

⁹² Sama heimild, bls. 114.

⁹³ Hrd. 179/2009: Foreldrar sem deildu um forsjá tveggja sona höfðu áður átt í deilum en málalyktir á þeim tíma urðu dómssátt. Við rekstur fyrra málsins hafði matsgerðar verið aflað og þar sem hvorki var krafist nýs mats né yfirmatsgerðar var hún einnig lögð fram í seinna málinu. Móðir byggði málalíbúnað sinn á því að forsendur fyrir dómssáttinni væru brostnar þegar málið var höfðað en héraðsdómur taldi hana hafa verið í gildi. Hæstiréttur vísar til fyrrnefndrar matsgerðar þrátt fyrir að hennar hafi verið aflað fyrir tæpum tveimur árum, þar sem ekkert hafi verið lagt fram sem bendi til að aðstæður aðila hafi breyst svo máli skipti. Í matsgerðinni var forsjárhæfni móður talin í ágætu meðallagi en föður í meðallagi. Með vísan til matsgerðarinnar og þess að faðir hafi ekki haldið uppi kröfu þess efnis að honum yrði falin forsjáin, beri að komast að þeirri niðurstöðu að móðirin fari með forsjá bræðrana.

⁹⁴ Hrd. 179/2009 [sjá 6.málsgrein].

⁹⁵ Sjá reifun á Hrd. 101/2006 í kafla 4.3.

⁹⁶ Hrd. 101/2006 [sjá 1.mgr. I. kafla héraðsdóms].

Því kom að settur héraðsdómari lét af störfum, virðist sem hvorki reglulegum dómara né lögmanni gagnaðila hafi verið kunnugt um matsgerðina fyrr en rúmu hálfu ári eftir að hún fór fram. Af þeim sökum var kveðið á um bráðabirgðaforsjá og málið endurupptekið þar sem yfirmat fór fram. Af þessu má sjá hversu mikilvægt það er að rétt sé staðið að formhlið öflunar matsgerðar.

4.6. Sérfróðir meðdómsmenn

Eftirtektarvert er að Hæstiréttur hefur nokkrum sinnum í niðurstöðum sínum tekið fram að héraðsdómur hafi verið skipaður sérfróðum meðdómsmönnum. Verður ekki hjá því komist að leiða að því líkur að þar sé Hæstiréttur að undirstrika það hversu mikla þýðingu og vægi það hefur fyrir úrlausn mála af þessu tagi að hafa sérmenntað fólk til að leysa úr þeim.

Má í þessu samhengi vísa til dóms í Hrd. 140/2008⁹⁷ þar sem segir að „með hliðsjón af framangreindu og að öðru leyti með vísan til forsendna héraðsdóms, sem skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum, verður hann staðfestur.“⁹⁸ Verður að leiða líkur að því að Hæstiréttur treysti niðurstöðu sérfróðs dóms frekar en ella.⁹⁹

Einnig skal bent á dóm Hæstaréttar í máli nr. 197/2009¹⁰⁰ þar sem hann tók fram að héraðsdómur sem skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum komst að sömu niðurstöðu og matsgerð dómkvadds matsmanns sagði til um, en henni hafði ekki verið haggð með yfirmati.

Í um helmingi þeirra dómsmála sem fallið hafa frá setningu núverandi barnalaga eru sérfróðir meðdómendur í héraði¹⁰¹. Hefur Hæstiréttur enn fremur gert athugasemdir við það hafi héraðsdómur ekki kallað til sérfróða meðdómendur. Þannig var raunin í máli Hrd. nr. 38/2009¹⁰² þar sem segir í niðurstöðum: „Það athugast að héraðsdómara hefði verið rétt að kalla til sérfróða meðdómsmenn eins

⁹⁷ Hrd. 140/2008: Sálfræðingur var fenginn til að framkvæma sálfræðilega matsgerð í deilu foreldra um forsjá sona sinna og komst hann að þeim niðurstöðum að ákjósanlegra væri fyrir drengina að vera hjá móður sinni heldur en föður. Héraðsdómur vitnar til niðurstaðna matsmanns í dómi sínum og ákveður að móðirin skuli fara með forsjá beggja drengjanna og var sú niðurstaða staðfest í Hæstarétti. Hæstiréttur vísaði til matsgerðarinnar sem og þess að í héraðsdómi hafi setið sérfróðir meðdómendur. Enn fremur vísaði hann til nýrrar matsgerðar sem gerð var af öðrum sálfræðingi og var niðurstaða þeirrar matsgerðar sú sama það er að forsjáin ætti að vera hjá móðurinni.

⁹⁸ Hrd. 140/2008 [sjá 7. málsgrein].

⁹⁹ Sjá einnig Hrd. 399/2010, Hrd. 652/2008 og Hrd. 431/2007.

¹⁰⁰ Sjá reifun á Hrd. 197/2009 í kafla 4.4.

¹⁰¹ Sjá Hrd. 350/2010, Hrd. 399/2010, Hrd. 2/2010, Hrd. 303/2009, Hrd. 256/2009, Hrd. 197/2009, Hrd. 652/2008, Hrd. 140/2008, Hrd. 431/2007, Hrd. 114/2007, Hrd. 101/2006 og Hrd. 548/2005.

¹⁰² Sjá reifun á Hrd. 38/2009 í kafla 4.5.

og málið lá fyrir.¹⁰³ Er þar með verið að beina því til dómara að þegar mál af þessum toga eru til meðferðar og mikið reyni á sérfræðilega þekkingu þá beri þeim allt að því skylda til að leita sér aðstoðar sérfræðinga.

Að síðustu skal í þessu sambandi nefna Hrd. nr. 548/2005¹⁰⁴ þar sem Hæstiréttur segir að „héraðsdómur, sem skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum með mikla reynslu á sviði uppeldismála, ákvað að hvorugt skyldi hafa forsjá beggja barnanna.“¹⁰⁵ Með þessu orðalagi verður að telja líklegt að Hæstiréttur sjái sig knúinn til þess að taka fram að öruggt sé að niðurstöða dómsins sé eins rétt og mögulegt er.

Framangreind umfjöllun er í samræmi við það sem fræðimenn hafa bent á, að við úrlausn forsjármála geti reynt á álitafni sem eru það sérfræðileg að hefðbundinn dómari hefur hvorki þekkingu né menntun til að taka afstöðu til þeirra. Þá í framhaldi sé hægt að leita sérfræðilegrar matsgerðar og sé niðurstaða hennar afdráttarlaus og skýr getur þekking dómarans nægt til að leggja mat á málið. Hins vegar sé dómari ekki í stakk búinn til að meta atriði út frá sinni laga- og almennu þekkingu og þörf er á að hann taki afstöðu til atriða sem hann hefur ekki forsendur til að meta þá skyldi teljast eðlilegt að hann kallaði til sérfróða meðdómsmenn. Með því að dómariinn fái til liðs við sig sérfræðinga í málum barna og foreldra væri reynt að tryggja að komist yrði að sem réttastri niðurstöðu í hverju máli fyrir sig. Þegar sérfróðir meðdómsmenn eiga sæti í dómi er meðal annars í þeirra verkahring að leggja mat á sönnunargildi sérfræðiskýrslna þar sem þeir gegna sama hlutverki og héraðsdómari sbr. 3. mgr. 4. gr. eml.¹⁰⁶ Ennfremur hefur verið sagt að

ekki þarf að fara mörgum orðum um það að dómstóll er betur í stakk búinn til þess að kveða á um sönnunargildi sérfræðiskýrslna ef hann hefur sjáfur sérfræðiþekkingu á að skipa.¹⁰⁷

Verður að telja að afstaða Hæstaréttar í dómum sínum síðastliðin ár sé í samræmi við þessa fullyrðingu.¹⁰⁸

¹⁰³ Hrd. 38/2009 [sjá 9. málsgrein].

¹⁰⁴ Hrd. 548/2005: Héraðsdómur vísar til matsgerðar matsmanns þar sem hann tók ekki skýra afstöðu til þess hvort foreldrið færi með forsjá tveggja barna þeirra. Niðurstaða héraðdóms að teknu tilliti til aðstæðna var að móðirin færi með forsjá stúlkunnar, en faðirinn með forsjá drengsins. Hæstaréttur staðfesti héraðsdóm með vísan til forsendna hans sem og að ekkert væri fram komið sem mælti gegn því að systkinin væru sitt á hvorum staðnum, að því gefnu að þau hefðu rúma umgengni. Tók Hæstiréttur sérstaklega fram að héraðsdómur hafi verið skipaður sérfróðum meðdómsmönnum með mikla reynslu á sviði uppeldismála.

¹⁰⁵ Hrd. 548/2005 [sjá 1. mgr. III. kafla].

¹⁰⁶ Sama heimild, bls. 39.

¹⁰⁷ Stefán Már Stefánsson, „Um sérfróða meðdómsmenn“. *Tímarit lögfræðinga* 1995 (4), bls. 289.

¹⁰⁸ Á síðastliðnum árum hafa ekki verið kveðnir upp dómur með sératkvæðum dómara í Hæstarétti. Hins vegar hafa héraðsdómar klotnað sbr. Hrd. 350/2010 og Hrd. 303/2009. Sú þýðing sem það hefur er að ekki sé óumdeilt meðal sérfræðinga hver rétt niðurstaða sé. Er þar af leiðandi mögulegt

4.7. Tillögur um umgengni

Samhliða ákvörðun um forsjá er algengt að óskað sé eftir ákvörðun um umgengni.¹⁰⁹ Stundum er það svo að matsbeiðendur óski eftir álit matsmanna á því hvernig umgengni skuli háttað við forsjárlausa foreldrið. Þegar svo ber undir hafa dómstólar vísað til álita matsmanna í niðurstöðum sínum um tilhögunina. Má hér nefna Hrd. 101/2006¹¹⁰ þar sem umgengni var ákveðin með hliðsjón af skoðun matsmanns og yfirmats, sem og vilja aðila málsins varðandi umgengni.

Í Hrd. 193/2010¹¹¹ komst héraðsdómur svo að orði: „Með hliðsjón af mati dómkvadds matsmanns og vilja stúlkunnar A sem matsmaður hefur lýst þykir rétt að ákveða að umgengni stefnanda við stúlkuna A skuli vera (...)”¹¹² Er þarna um að ræða beina tilvísun héraðsdóms til matsgerðarinnar þar sem hún er lögð til grundvallar ákvörðun dómsins.¹¹³ Var héraðsdómur staðfestur í Hæstarétti. Hins vegar er það algengt að matsmenn og dómstólar ræði um nauðsyn þess að barn njóti ríkulegrar og eðlilegrar umgengni þess foreldris sem ekki fer með forsjána og virðist sem dómstólar reyni að taka mið af því sem frekast er unnt sbr. Hrd. 399/2010¹¹⁴. Í héraðsdómi var það álit matsmanns að mikilvægt væri „að tryggt verði að barnið fái að njóta ríkulegrar umgengni við báða foreldra sína og fjölskyldur beggja vegna óháð því hvernig forsjárdeilu þessari ljúki.”¹¹⁵ Segir dómurinn í niðurstöðu sinni að áherslu verði að leggja á „að foreldrum ber báðum að stuðla að því að umgengni geti gengið árekstralaust fyrir sig og það eru hagsmunir barnsins að geta átt umgengni og samvistir við báða foreldra sína, sem kallar á gagnkvæma tillitssemi foreldra þar sem

fordæmisgildi niðurstöðunnar minna en ella. Þrátt fyrir það verður að telja að með staðfestingu sinni á meirihluta héraðsdóms staðfesti Hæstiréttur að komist hafi verið að rétttri niðurstöðu.

¹⁰⁹ Sjá Hrd. 350/2010, Hrd. 399/2010, Hrd. 193/2010, Hrd. 2/2010, Hrd. 303/2009, Hrd. 256/2009, Hrd. 197/2009, Hrd. 90/2009, Hrd. 38/2009, Hrd. 652/2008, Hrd. 140/2008, Hrd. 608/2007, Hrd. 431/2007, Hrd. 114/2007, Hrd. 101/2006 og Hrd. 548/2005.

¹¹⁰ Hrd. 101/2006 er reifaður í kafla 4.3.

¹¹¹ Sjá reifun á Hrd. 193/2010 í kafla 4.2.

¹¹² Hrd. 193/2010 [sjá 9. mgr. V. kafla héraðsdóms].

¹¹³ Fleiri dómur þar sem vísað til afstöðu sérfræðinga sbr. Hrd. 2/2010, Hrd. 431/2007 og Hrd. 114/2007

¹¹⁴ Hrd. 399/2010: var sérfróður matsmaður fenginn til að meta forsjárhæfni foreldra sem deildu um forsjá dóttur sinnar. Héraðsdómur byggði niðurstöðu sína á skýrri niðurstöðu matsgerðar sem væri styrkt með stoðum í öðrum gögnum. Væri það barninu fyrir bestu að forsjáin væri í höndum föðurins. Hæstiréttur staðfesti héraðsdóm með vísan til forsendna hans en einnig vísaði hann beint til matsgerðarinnar um að móðirin þyrfi á meðferð að halda við vanda sínum. Þar sem ekki væri fram komið að hún hafi reynt að ráða bót á þeim vanda sem matsgerðin greinir frá, annað en að fara eitt sinn í áfengismeðferð og með vísan til forsendna héraðsdóms yrði áfrýjaði dómurinn staðfestur.

¹¹⁵ Hrd. 399/2010 [sjá 36. mgr. í IV. kafla héraðsdóms].

þau láta hagsmuni barnsins ráða framur sínum eigin.“¹¹⁶ Var héraðsdómur staðfestur í Hæstarétti.¹¹⁷

4.8. Heildstætt mat

Mögulegt er að torvelt geti verið að sjá hvaða þýðingu matsgerð hafi fyrir ákvörðun dóms en þó ber þess að gæta að þótt niðurstaða dómsins sé ekki nákvæmlega sú sama og niðurstöður sérfræðinga sögðu til um, þá getur matið eða einstök matsatriði hins vegar haft mikla þýðingu fyrir úrlausn mála. Má sjá dæmi þess þegar matsmenn telja báða foreldra hæfa til að fara með forsjá barns, en dómurinn tekur afstöðu til fleiri atriða en þeirra sem sérfræðingarnir fjölluðu um og getur dómurinn metið sem svo að forsjánni sé ýmist hagað eins og matsmennirnir töldu eða á annan veg.¹¹⁸ Er í því sambandi hægt að benda á fyrrnefndan dóm Hæstaréttar í máli nr.193/2010¹¹⁹. Þar sem báðir foreldrar voru taldir ágætlega hæfir til að fara með forsjá barna sinna en aðrir þættir til að mynda vilji dóttur og það að ekki væri ráðlagt að stífa systkinunum í sundur hafi ráðið niðurstöðunni.

Hæstiréttur hefur notað önnur gögn til að styrkja sönnunargildi matsgerðar eins og gert var í máli nr. 399/2010¹²⁰. Þar sagði héraðsdómur „að í samræmi við skýra niðurstöðu matsgerðar dómkvaddis matsmanns, sem fær styrka stoð í öðrum gögnum málsins að A sé það fyrir bestu að stefnandi fari með forsjá hennar.“¹²¹ Þegar Hæstiréttur tók málið til umfjöllunar vísaði hann beint til matsgerðarinnar um að móðirin þyrfti á meðferð að halda við vanda sínum. Þar sem ekki væri fram komið að hún hafi reynt að ráða bót á þeim vanda sem matsgerðin greinir frá, annað en að fara eitt sinn í áfengismeðferð, sagði í niðurstöðu dómsins: „að þessu virtu en að öðru leyti með vísan til forsendna héraðsdóms (...) verður hinn áfrýjaði dómur staðfestur.“¹²²

Í máli Hrd. 608/2007¹²³ segir Hæstiréttur: „Að öllu þessu virtu í heild þykir það vera barninu fyrir bestu að stefndi fái forsjá þess.“¹²⁴ Með þessu vísar hann til

¹¹⁶ Hrd. 399/2010 [sjá 14. mgr. VII. kafla héraðsdóms].

¹¹⁷ Fleiri dómur þar sem fjallað er um mikilvægi umgengni, sjá Hrd. 350/2010, Hrd. 256/2009, Hrd. 197/2009, Hrd. 90/2009, Hrd. 652/2008, Hrd. 608/2007 og Hrd. 548/2005.

¹¹⁸ Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 115.

¹¹⁹ Sjá reifun á Hrd. 193/2010 í kafla 4.2.

¹²⁰ Sjá reifun á Hrd. 399/2010 í kafla 4.7.

¹²¹ Hrd. 399/2010 [sjá 11. mgr. VII. kafla héraðsdóms].

¹²² Hrd. 399/2010 [sjá 4. málsgrein].

¹²³ Sjá reifun á Hrd. 608/2007 í kafla 4.4.

¹²⁴ Hrd. 608/2007 [sjá 1. mgr. III. kafla].

nokkurra matsgerða, yfirmats og annarra gagna sem hafi gefið heildstætt mat á því hvað sé barninu fyrir bestu.

Dómur í máli nr. 548/2005¹²⁵ komst svo að orði: „Að þessu athuguðu og með vísan til forsendna héraðsdóms að öðru leyti verður niðurstaða hans staðfest.“¹²⁶ Var þá einkum verið að vísa til skýrslu matsmanns og annarra gagna málsins.

Í máli Hæstaréttar nr. 350/2010¹²⁷ tók dómurinn fram að allt frá því ágreiningur aðila um forsjá dætra sinna fór til dómstóla hafi sérfræðingar lýst því yfir að þau séu bæði vel hæf til að fara með forsjána. Segir dómurinn svo: „Leggja verður þetta til grundvallar þótt hæfni þeirra beggja til forsjár sé bersýnilega háð annmörkum“.¹²⁸ Var þar vísað til þess að móðirin hafði ítrekað lagt tálmanir gegn því að dæturnar umgengjust föður sinn og á hinn bóginn að faðirinn hafi einnig ítrekað beitt valbeitingu til að fylgja eftir umgengni samkvæmt ítrustu úrræðum laga. Heldur dómurinn svo áfram:

en ljóst má vera að aðilarnir hafa með þessu bæði sýnt af sér fádæma skeytingaleysi um velferð barna sinna í stað þess að setja í þágu þeirra til hliðar ágreining sín á milli. Þótt því sé gefið sérstakt vægi í 3. mgr. 34. gr. barnalaga fyrir úrlausn ágreinings um forsjá barns að annað foreldra hafi tálmað umgengni barnsins við hitt verður að komast að niðurstöðu um forsjá með heildarmati á öllu því, sem máli getur skipt (...) um að forsjá skuli skipað eftir því, sem barni er fyrir bestu.¹²⁹

Þessu til viðbótar segir dómurinn að tvær eldri dætur aðilanna hafi lýst yfir eindregnum vilja að móðir þeirra fari með forsjána og enn fremur að ekkert hafi komið fram sem réttlæti að systrunum yrði skipt upp. Því næst dregur dómurinn niðurstöðurnar saman og segir „að þessum meginatriðum gættum, en að öðru leyti með vísan til forsendna hins áfrýjaða dóms verður hann staðfestur.“¹³⁰

Af dómum Hæstaréttar má draga saman þá niðurstöðu að algengt sé að dómaraar taki afstöðu til heildstæðs mats á aðstæðum og atvikum máls hverju sinni.¹³¹

4.9. Samantekt

Í öllum þeim dómum sem fallið hafa frá setningu barnalaga nr. 76/2003 var að minnsta kosti dómkvaddur einn sérfræðingur til að framkvæma matsgerð.¹³² Virðist

¹²⁵ Sjá reifun á Hrd. 548/2005 í kafla 4.6.

¹²⁶ Hrd. 548/2005 [Sjá 4. mgr. III. kafla].

¹²⁷ Sjá reifun á Hrd. 350/2010 í kafla 4.4.

¹²⁸ Hrd. 350/2010 [sjá 2. mgr. í III. kafla].

¹²⁹ Sama heimild.

¹³⁰ Hrd. 350/2010 [sjá 3. mgr. í III. kafla].

¹³¹ Sjá einnig Hrd. 2/2010, Hrd. 303/2009, Hrd. 256/2009, Hrd. 197/2009, Hrd. 179/2009 (þó aðallega byggt á matsgerð), Hrd. 90/2009, Hrd. 38/2009, Hrd. 652/2008, Hrd. 140/2008, Hrd. 431/2007, Hrd. 114/2007, Hrd. 435/2006 og Hrd. 101/2006.

¹³² Athuga þó Hrd. 179/2009 þar sem byggt var á eldri matsgerðum.

sem það sé fremur regla heldur en undantekning að matsmenn séu dómkvaddir í forsjármálum.¹³³ Var það einnig í öllum tilvikum að sálfræðingar voru dómkvaddir til starfans og því óumdeilt að dómstólar leita til þeirra við sérfræðiráðgjöf.

Verður að segjast að öllum málunum svipar að mörgu leyti hverju til annars þar sem yfirleitt sömu atriði eru tekin til skoðunar og ákvörðun er tekin út frá heildstæðu mati af aðstæðum hverju sinni.

Í öllum dómunum að undanskildum tveimur¹³⁴ var úrskurður héraðsdóms staðfestur í Hæstarétti.

Þegar lítið er til þess hvaða vægi matsgerðir sérfræðinga við úrlausn málanna hafa, verður að ætla að þær vegi þungt þar sem í héraðsdómi er iðulega vísað beint til matsgerðarinnar og einnig í Hæstarétti. Vísun Hæstaréttar fer ýmist þá leið að dómurinn staðfestir forsendur og rökstuðning héraðsdóms eða þá að dómarrar komi með sjálfstæðan rökstuðning sem meðal annars vísar til matsgerða.

Athygli skal vakin á að sérfróðir meðdómendur hafa verið í rúmlega helmingi dómsmálanna. Þegar matsmaður greinir frá tillögum sínum að umgengni, er algengt að dómstólar taki mið af því við ákvörðunartöku sína. Í fyrrnefndum dómum Hæstaréttar fer alltaf fram heildstætt mat á atvikum og aðstæðum máls sem oftast en ekki hefur mikil áhrif á niðurstöðu máls.

¹³³ *Skýrsla nefndar um málskostnað í opinberum málum og opinbera réttaraðstoð*. Dóms- og kirkjumálaráðuneytið, mars 2006.

Vefútgáfa, slóð: http://www.innanrikisraduneyti.is/media/Skyrslur/DKM_malskostnadur.pdf
Bls. 43. [Sótt á vefinn 13.05.2011].

¹³⁴ Hrd. 179/2009 og Hrd. 652/2008

5. Niðurstöður

Þegar dómari stendur frammi fyrir því verkefni að leysa úr forsjárdeilu er það oftast ekki að úrlausn deilunnar grundvallast á mati sem dómara er ekki í lófa lagið að greina úr án aðstoðar sérfræðinga. Til marks um það skal bent á 3. mgr. 42. gr. barnalaga nr. 76/2003 þar sem segir: „Dómari getur lagt fyrir aðila að afla sérfræðilegrar álitsgerðar ef hann telur hennar þörf. Dómari getur að eigin frumkvæði bætt matsatriðum við dómkvaðningu. Um álitsgerðir samkvæmt þessari málsgrein fer að öðru leyti samkvæmt reglum um dómkvadda matsmenn.“ Lagagreinin er tilkomin vegna séreðlis forsjármála, þar sem matsgerð er oft á tíðum aðalsönnunargagnið. Í matsgerð kemur fram álit sérfræðings um atriði sem nauðsyn er að hafa vitneskju um svo hægt sé að taka ákvörðun í máli. Eru það atriði sem snerta meðal annars hagi og aðstæður barns, hæfi og hagi foreldra og annað sem skiptir grundvallarmáli við úrlausn þess hvað sé barni fyrir bestu.¹³⁵

Hægt er að fullyrða að forsjármál eru þess eðlis að þau krefjast mikillar sérfræðipækkingar. Þau eru afar viðkvæm í meðförum, sér í lagi þar sem oft er um að ræða mikið tilfinningaspil foreldra, fjölskyldna og ekki síst barna sem hlut eiga að máli. Þá geta matsgerðir sérfræðinga komið til sögunnar og þeir lagt mat á stöðu mála í ljósi þekkingar sinnar.

Það að mjög algengt sé að Hæstiréttur staðfesti héraðsdóm með vísan til forsendna hans, sem enn fremur hefur vísað til matsgerða, burt sé frá því hvort frekari gögn hafi verið lögð fram á áfrýjunarstiginu, yfirmats hafi verið aflað eða ekki, bendir eindregið til þess að Hæstiréttur vilji ekki hreyfa við mati dómkvaddra sérfræðinga. Er það ekki úr lausu lofti gripið þar sem óumflýjanlegt er að viðurkenna að dómara hafa í fæstum tilvikum yfir að búa þeirri sérkunnáttu sem nauðsynleg er til úrlausnar forsjármáli. Vissulega getur æfing komið með tímanum, en að því virtu að dómari sé ekki jafnframt starfandi sálfræðingur verður hann seint talinn jafnoki sérfræðinga á sálfræðisviði. Þar að auki getur það jafnframt verið tímasparandi og hagkvæmt að fá utanaðkomandi sérfræðing til að leggja mat á aðstæður máls.

Að áliti höfundar verður ekki véfengt að matsgerðir fari með stórt hlutverk í forsjármálum. Það hefur sýnt sig og sannað að sönnunargildi þeirra er mikið, þar sem einungis í undantekningartilfellum er um það að ræða að dómara vísi ekki til matsgerða í niðurstöðum sínum og byggji á því sem þar kemur fram. Vissulega er

¹³⁵ Frumvarp til barnalaga, þskj. 181, 180. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/128/s/0181.html> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

Það skiljanlegt þar sem hinn almenni dómari býr ekki yfir þeirri miklu sérfræðipækkingu sem nauðsynleg er til að geta lagt mat á aðila og aðstæður svo unnt sé að leysa úr þeim viðkvæma ágreiningi sem forsjárdeila er. Það að sérfræðingar hafi jafn mikil áhrif á niðurstöður forsjármála eins og raun ber vitni, verður að telja eðlilegt í ljósi þess að um er að ræða ríka hagsmuni barna af því að niðurstöður máls verði í samræmi við það sem sé þeim fyrir bestu.

Megi enn fremur draga þá ályktun að dómara séu fúsir til að viðurkenna vanþekkingu sína á þessu sviði með því að kalla til liðsinni sérfræðinga. Hins vegar verður ekki tekin af þeim ábyrgðin á málsmeðferðinni og sú staðreynd að þeir eru sérfræðingar á sviði réttarfars.

Í kjölfar þessara vangaveltna er ekki úr vegi að taka undir orð Sigríðar Ingvarsdóttur héraðsdómara um að gagnkvæmur skilningur dómara og sérfræðinga þurfi að vera til staðar svo hægt sé að vinna saman að því markmiði að leysa úr ágreiningsmáli um forsjá. Enn fremur segir hún að

Dómstólar þurfa t.d. að vita um takmarkanir sem sérfræðingum eru stundum settar, annað hvort vegna þess að fræðigreinin ræður ekki yfir þeirri þekkingu sem til þarf eða vegna þess að siðareglur setja starfsaðferðum tiltekin mörk. Sérfræðingar verða að gera sér grein fyrir því að um starfsemi dómstóla gilda ófrávíkjanlegar réttarfarsreglur sem hafa á ýmsan hátt áhrif á þá vinnu sem fer fram undir rekstri málsins. Það á m.a. við um öflun sérfræðiálits. Reglur réttarfarsins hafa því áhrif á það hvernig slík gagnaöflun fer fram og þar með á vinnu sérfræðinga.¹³⁶

Að mati höfundar verður einnig að telja dómurum til virðingar að þeir kalli eftir aðstoð sérfróðra meðdómenda þar sem hugsanlegt er að þeir telji sig ekki í stakk búna til að lesa úr niðurstöðum dómkvaddra matsmanna. Hefur það ótvírætt sýnt sig í dómum Hæstaréttar hversu mikið traust Hæstiréttur ber til héraðsdóms þegar hann er skipaður sérfróðum meðdómendum.

Hvað varðar tíðni þess að dómstólar leggi til hliðsjónar niðurstöður matsmanna varðandi umgengni, er í samræmi við að þeir beri almennt mikið traust til niðurstaðna sérfræðinga. Yrði að telja afar sérstakt ef dómstólar vantreystu ávallt þessum hluta matsins án þess að um annmarka eða aðfinnslur væri að ræða. Með því væru dómara óbeint að varpa rýrð á niðurstöður matsmanna.

Samkvæmt dómum Hæstaréttar er ávallt farin sú leið að dómara taki afstöðu til heildstæðs mats á aðstæðum og atvikum máls hverju sinni. Mjög algengt er að vísað sé til niðurstaðna matsgerða en um leið er litið til annarra atriða sem talin eru skipta máli og gögn málsins bera með sér. Er ljóst að þar er ekki á ferðinni tilviljun, heldur er

¹³⁶ Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*, bls. 83.

um að ræða fullt samræmi við inntak barnalaganna einkum út frá 34. gr. og 43. gr. þar sem upp úr því er lagt að fram skuli fara heildstætt mat á öllum þeim þáttum sem geta skipt máli varðandi forsjá barns.¹³⁷ Samkvæmt rannsókn höfundar vegur sönnunargildi matsgerða ekki síður þungt í þeim tilfellum, þar sem litið er á niðurstöðu mats sem allt að því ófrávíkjanlega staðreynd.

Er hér með lögð fram sú ályktun að með barnalögnum nr. 76/2003 hafi löggjafanum tekist að setja lagaumgjörð sem sé til þess fallin að komast að niðurstöðu sem sé ávallt barni fyrir bestu. Sé dómaframkvæmd enn fremur til vitnis um að vel hafi tekist til og löggjöfin feli í sér málefnaleg sjónarmið, þar sem litið er heildstætt á hvert mál fyrir sig. Seint verður þó talið að verk, þar með talin sett lög, séu óaðfinnanleg. Með því að viðhalda gagnrýnni hugsun er stuðlað að framþróun sem hefur það að markmiði að gera enn betur.

Það að Hæstiréttur hafi fundið að málsmeðferð í héraði í nokkrum dómum verður einungis séð að komi til rökstuðnings framangreindum ályktunum

Að framangreindu virtu má komast að þeirri niðurstöðu að í úrlausnum íslenskra dómstóla í forsjármálum sé að finna ríka tilhneigingu þeirra til að samræma sig og fylgja niðurstöðum matsgerða sem aflað hefur verið í tilefni af málsmeðferðinni. Enn fremur sé ekki um að ræða takmarkað sönnunargildi matsgerða í forsjármálum, þar sem ljóst þykir að sýnt hafi verið fram á ríkt sönnunargildi þeirra í dómum Hæstaréttar, einkum og sér í lagi þegar um er að ræða heildstætt mat dómstóla á atvikum og aðstæðum máls hverju sinni.

Að fenginni niðurstöðu er það staðfest að matsgerðir eru sérstaklega mikilvægur þáttur í sönnunarfærslu mála þar sem foreldra greinir á um forsjá barna sinna.

Þegar dómsniðurstöður taka mið af faglegri vinnu sérfræðinga og aðstæðum máls í heild sinni, verður að treysta því að hagur barns sé hafður að leiðarljósi. Að svo komnu, er það barninu fyrir bestu.

¹³⁷ Frumvarp til barnalaga, þskj. 181, 180. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð: <http://www.althingi.is/altext/128/s/0181.html> [Sótt á vefinn 13.05.2011].

Heimildaskrá

Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*. Reykjavík 1995.

Frumvarp til barnalaga, þskj. 181, 180. mál.
Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð:
<http://www.althingi.is/altext/128/s/0181.html>
[Sótt á vefinn 13.05.2011].

Frumvarp til laga um meðferð einkamála, þskj. 72, 71. mál.
Vefútgáfa Alþingistíðinda, slóð:
<http://www.althingi.is/altext/115/s/0072.html>
[Sótt á vefinn 13.05.2011].

Leiðbeiningar um hlutverk sálfræðinga í forsjármálum. Siðanefnd Sálfræðingafélags Íslands, ágúst 2004.
<http://sal.is/Augl%C3%BDsingar/Hlutverksalfr%C3%A6%C3%B0ingaforsjarmalum.pdf>
[Sótt á vefinn 13.05.2011].

Markús Sigurbjörnsson, *Einkamálaréttarfar*. Reykjavík 2003.

Sigríður Ingvarsdóttir, *Gagnaöflun í forsjármálum*. Reykjavík 2006.

Sigríður Ingvarsdóttir, „Læknisfræðileg gögn í dómsmálum“. *Læknablaðið* 1999 (85), bls. 220-237.
Vefútgáfa, slóð: <http://www.hirsla.lsh.is/lsh/bitstream/2336/47765/1/L1999-03-85-F3.pdf>
[Sótt á vefinn 13.05.2011].

Sigríður Logadóttir, *Lög á bók. Yfirlitsrit um lögfræði*. Reykjavík 2003.

Sigríður Logadóttir og Ásta Magnúsdóttir, *Inngangur að lögfræði*. Reykjavík 2000.

Skýrsla nefndar um málskostnað í opinberum málum og opinbera réttaraðstoð. Dóms- og kirkjumálaráðuneytið, mars 2006.
Vefútgáfa, slóð:
http://www.innanrikisraduneyti.is/media/Skyrslur/DKM_malskostnadur.pdf
[Sótt á vefinn 13.05.2011].

Stefán Már Stefánsson, „Um sérfróða meðdómsmenn“. *Tímarit lögfræðinga* 1995 (4), bls. 282-291.

Dómaskrá

Hrd. 66/1995
Hrd. 291/2000
Hrd. 429/2001
Hrd. 371/2002
Hrd. 489/2002
Hrd. 96/2004
Hrd. 450/2005
Hrd. 548/2005
Hrd. 101/2006
Hrd. 315/2006
Hrd. 435/2006
Hrd. 114/2007
Hrd. 431/2007
Hrd. 608/2007
Hrd. 140/2008
Hrd. 223/2008
Hrd. 652/2008
Hrd. 383/2009
Hrd. 38/2009
Hrd. 90/2009
Hrd. 179/2009
Hrd. 197/2009
Hrd. 256/2009
Hrd. 303/2009
Hrd. 2/2010
Hrd. 193/2010
Hrd. 350/2010
Hrd. 399/2010

Lagaskrá

Barnalög nr. 76/2003
Lög um meðferð einkamála nr. 19/1991

