



1. tbl TÍMARIT 1. árg  
**LÖGRÉTTU**

Félags laganema við Háskólann í Reykjavík

VINNUSLYS,  
SLYSATRYGGING SJÓMANNA

EFTIR *Dr. Guðmund Sigurðsson*

A

NÝMÆLI Í BARNALÖGGJÖF

EFTIR *Svölu Ísfeld Ólafsdóttur*

B

BRÁÐABIRGÐALÖG SEM  
RÉTTARHEIMILD

EFTIR *Ólaf E. Friðriksson*

C

RANNSÓKNARRÉTTARFAR Í  
EINKAMÁLUM?

EFTIR *Jón Steinar Gunnlaugsson*

D

STJÓRNHÆTTIR FYRIRTÆKJA OG  
FYRSTU VIÐMIÐIN Á ÍSLANDI

EFTIR *Áslaugu Björgvinsdóttur*

E

# NÝMÆLI Í BARNALÖGGJÖF

B

37

Svala Ísfeld Ólafsdóttir,  
lögfræðingur

1	INNGANGUR	38
2	NÝMÆLI BARNALAGA NR. 76/2003	39
2.1.	Skýlda móður til að feðra barn	39
2.2.	Tæknifjórðugun	39
2.3.	Faðernismál	41
2.4.	Forsjá barna og meðferð ágreiningsmála um forsjá	42
2.4.1.	Forsjá barna sem búa hjá báðum kynforeldrum	42
2.4.2.	Forsjá barna sem ekki búa hjá báðum kynforeldrum	42
2.4.3.	Yfirlýsing um skipan forsjár að forsjár foreldrum látnum	43
2.4.4.	Dómstólar skera úr ágreiningi um forsjá	43
2.4.5.	Heimild dómara til að ákveða meðlagsgreiðslur og umgengni	43
2.4.6.	Bráðabirgðaaúrskurður um forsjá, umgengni og meðlag	43
2.4.7.	Tálmanir á umgengni foreldris og barns skipta máli við ákvörðun forsjár	44
2.5.	Ágreiningur um umgengni og meðlag Þegar forsjá er sameiginleg	44
2.6.	Umgengnisréttur ekki virtur	45
2.7.	Ýmsar aðrar breytingar	46
2.7.1.	Nýjar reglur um feðrun barns foreldra í sambúð	46
2.7.2.	Frávik frá þater est reglunni	47
2.7.3.	Ítarlegri reglur um vernd barna gegn ofbeldi	47
2.7.4.	Tímabundnir forsjársamningar	47
2.7.5.	Heimild dómara til að dæma um meðlagsgreiðslur í faðernismálum	47
2.7.6.	Réttur barns til að tjá sig	47
2.7.7.	Skráning barns í þjóðskrá	47
3	LOKAORÐ	47
	HEIMILDASKRÁ	49

## I. INNGANGUR

1. nóvember 2003 gengu í gildi ný barnalög, nr. 76/2003. Þau leysa af hólmi barnalög nr. 20 frá árinu 1992, sem komu í stað enn eldri barnalaga, nr. 9 frá árinu 1981. Lögín frá 1981 komu á sínum tíma í stað tveggja mismunandi lagabálka, annars vegar laga um afstöðu foreldra til skilgetinna barna, nr. 57 frá árinu 1921, og hins vegar laga um afstöðu foreldra til óskilgetinna barna, nr. 87 frá árinu 1947. Barnalögín frá 1981 voru þannig fyrsti heildstæði lagabálkurinn um réttarstöðu barna og fólu í sér veigamiklar breytingar frá fyrra réttarástandi. Með þeim var í fyrsta lagi leitast við að draga sem mest úr mismun á réttarstöðu skilgetinna og óskilgetinna barna, þótt skrefið væri ekki stigið til fulls. Þannig var berum orðum tekið fram í 2. mgr. 1. gr. laganna, að réttarstaða barna skyldi í hvítetna vera hin sama, nema lög mæltu á annan veg. Í öðru lagi byggðust lögín á því grundvallarsjónarmiði að ákvæði þeirra hefðu fyrst og fremst það hlutverk að þjóna hagsmunum og þörfum barna. Þetta kom t.d. fram í því að hætt var að nota orðið “foreldravald” og þess í stað notað orðið “forsjá”. Lögín tengdu þannig sérstök réttindi við barnið sjálft í ríkara mæli en áður hafði þekkt í barnalöggjöf hér á landi. Í þriðja lagi var með lögnum lögð áhersla á að jafna stöðu móður og föður. Mikilvægasta breytingin af því tagi fólst í því að mælt var fyrir um rétt barns til umgengni við það foreldri sitt sem ekki hafði forsjá þess með höndum.<sup>1</sup> Þessi lögfesti umgengnisréttur styrkti verulega stöðu föður óskilgetins barns til að njóta samvista við barn sitt. Einnig kom þetta að nokkru leyti fram í breyttum feðunarreglum og reglum sem lutu að forsjá barna.<sup>2</sup>

Eitt mikilvægasta nýmæli barnalaganna frá 1992 var að hugtökin “skilgetið” og “óskilgetið” barn voru lögð niður og kveðið á um réttarstöðu barna samfellt. Annað mikilvægt nýmæli var svonefnd “sameiginleg

forsjá”. Með því var lögfest heimild fyrir foreldra, sem höfðu skilið, slitið sambúð eða höfðu aldrei búið saman, til að ákveða að þeir skyldu fara sameiginlega með forsjá barna sinna. Þá má í þriðja lagi nefna að dómstólum var í fyrsta sinn berum orðum falin úrlausn forsjármála.<sup>3</sup> Ýmis fleiri nýmæli var að finna í lögnum til þess að ná betur fram þeim markmiðum sem sett voru með barnalögnum frá 1981 og lýst er hér að framan.

Barnalögín frá 1992 giltu í rúman áratug og sættu tiltölulega litlum breytingum.<sup>4</sup> Í ljósi reynslunnar af lögnum og vegna nýrra og breyttra áherslna í barnarétti, fól dómismálaráðherra sífjalaganefnd árið 1999 að endurskoða þau. Þeirri vinnu lauk í október 2002 þegar dómismálaráðherra lagði fram frumvarp til nýrra barnalaga, sem síðan var samþykkt á Alþingi 15. mars 2003.<sup>5</sup>

Hin nýju barnalög, nr. 76/2003, hafa að geyma mörg mikilvæg nýmæli og eru um margt ítarlegri en eldri löggjöf. Við samningu þeirra var m.a. höfð hliðsjón af þeim alþjóðlegu skuldbindingum á sviði barnaréttar sem Ísland hefur gengist undir.<sup>6</sup> Uppbyggingu laganna í heild og kaflaskipan var jafnframt breytt til að auðvelda leikum jafnt sem lærðum að tileinka sér efni þeirra. Þá var í tengslum við samningu frumvarpsins gerð úttekt á þeim lagareglum sem gilda í nokkrum nágrannaríkjum um þvingunarúrræði vegna brota á umgengnisrétti og hliðsjón höfð af þeim.<sup>7</sup> Loks var höfð hliðsjón af áfangaskýrslu forsjárnefndar, sem dómismálaráðherra skipaði árið 1997, til að kanna reynslu af sameiginlegri forsjá, úrræði laga til að þvinga fram umgengni o.fl.<sup>8</sup>

Markmið þessarar greinar er að lýsa nokkrum mikilvægum nýmælum nýju barnalaganna og skýra sjónarmiðin að baki þeim. Þá verður ennfremur leitast við að svara því hvort breytingarnar hafi gengið

<sup>1</sup> Sbr. 40. gr. barnalaga nr. 9/1981.

<sup>2</sup> Sjá nánar um þetta bls. 51 – 55 í Barnarétti.

<sup>3</sup> Barnalögín frá 1981 voru óskýr að þessu leyti og mikið vantaði upp á að þar væri að finna heildstæðar reglur um meðferð forsjármála. Fáttit var að forsjármál væru rekin fyrir dómstólum í gildistíð barnalaga nr. 9/1981. Porri málanna var leiddur til lykta í dómismálaráðuneytinu (Barnaréttur, bls. 190-191).

<sup>4</sup> Sbr. lög nr. 23/1995 og nr. 18/2001. Þá voru gerðar smávægilegar breytingar á þeim í samræmingarskyni með stjórnsýslulögum nr. 37/1993 og lögreglugögum nr. 90/1996.

<sup>5</sup> Frumvarp til barnalaga, lagt fram á 128. löggjafarþingi, þskj. 181, 180. mál. Dóms- og kirkjumálaráðuneytið hefur gefið út ritið *Barnalög ásamt greinargerð* (Reykjavík 2003). Þar er að finna barnalögín ásamt greinargerð þeirri er fylgdi frumvarpinu, er það var lagt fram á Alþingi, auk fylgiskjala. Hér eftir verður í þessari grein vísað til þessarar útgáfu. Vakin er athygli á að gerð var lítils háttar breyting á nýju barnalögnum með lögum nr. 115/2003. Við meðferð upphaflega frumvarpsins á Alþingi láðist að breyta dagsetningum í 81. gr. til samræmis við breytingar sem gerðar voru á gildistökuákvæði frumvarpsins.

<sup>6</sup> Þeir mikilvægustu eru Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna frá 1948, Mannréttindasáttmáli Evrópu frá 1950 ásamt síðari breytingum, sbr. auglýsingu í C-deild Stjórnartíðinda nr. 11/1954, sbr. og lög nr. 62/1994 og samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, fullgiltur 28. október 1992, öðlaðist gildi 27. nóvember 1992, sbr. auglýsingu í C-deild Stjórnartíðinda nr. 18/1992. Samningana má t.d. finna í ritinu *Alþjóðlegir mannréttindasamningar sem Ísland er aðili að* (Reykjavík 2003).

<sup>7</sup> Sjá fylgiskjal nr. 1 með frumvarpi til gildandi barnalaga: Jóhanna Bryndís Bjarnadóttir, *Lagareglur sem varða umgengni og þvingunarúrræði vegna brota á umgengnisrétti*. Barnalög ásamt greinargerð, bls. 191–209.

<sup>8</sup> Skýrsluna má finna á slóðinni [http://brunnur.stjr.is/interpro/dkm/dkm.nsf/pages/forsjarnefnd\\_afangaskyrsla](http://brunnur.stjr.is/interpro/dkm/dkm.nsf/pages/forsjarnefnd_afangaskyrsla)



nægilega langt í einstökum tilvikum.

## 2. NÝMÆLI BARNALAGA NR. 76/2003

### 2.1. Skylda móður til að feðra barn

Í upphafsgrein nýju barnalaganna er lögð sérstök áhersla á rétt barns til þess að þekkja báða foreldra sína. Til þess að tryggja þennan rétt er m.a. lögð sú skylda á herðar móður, sem ekki er í hjúskap eða skráðri sambúð með föður, að feðra barn sitt. Þetta nýmæli er í samræmi við 7. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, þar sem sérstaklega er áréttað að sérhvert barn eigi, eftir því sem unnt er, rétt til að þekkja foreldra sína og njóta umönnunar þeirra. Í eldri barnalögum mátti leiða þessa skyldu móður af orðalagi ýmissa ákvæða laganna, en hún var hvergi skráð berum orðum eins og nú hefur verið gert.

Engum viðurlögum verður beitt samkvæmt nýju lögnum til að knýja móður til að feðra barn sitt. Því má segja að þessi skylda sé fyrst og fremst siðferðilegs eðlis og hafi það að markmiði að móðir virði rétt barns síns til að þekkja báða foreldra sína. Hafi barn ekki verið feðrað innan sex mánaða frá fæðingu ber Þjóðskrá að tilkynna það til sýslumanns, þar sem móðir á lögheimili, sbr. 3. mgr. 7. gr. Hann sendir þá móðurinni bréf og brynir fyrir henni rétt barnsins til að þekkja föður sinn og skyldur hennar í því sambandi, sbr. 4. mgr. sömu greinar. Öðrum úrræðum verður ekki beitt gagnvart móður vilji hún ekki feðra barn sitt.

Sifjalaganefnd tók sérstaklega afstöðu til þess í frumvarpi sínu hvort rétt þætti að móðir sætti sérstökum viðurlögum ef hún sinni ekki þeirri skyldu að feðra barn sitt, s.s. með álagningu dagsekta. Komst nefndin að þeirri niðurstöðu að ekki þætti ástæða til þess og voru færð fyrir því tvenns konar rök. Í fyrsta lagi að frumvarpið gerði ráð fyrir rétti manns, sem teldi sig vera föður barns, til þess að höfða mál í því skyni að fá faðerni sitt viðurkennt. Í öðru lagi var litið

til reynslu Dana af úrræðum af þessum toga sem ekki hafa gefið góða raun.<sup>9</sup>

### 2.2. Tæknifrjóvgun

Með tilkomu tæknifrjóvgunar og þróunar læknisfræðilegra aðferða til aðstoðar fólki sem ekki getur getið börn með náttúrlegum hætti hafa risið margvísleg og flókin álitamál, m.a. af lögfræðilegum og siðferðilegum toga. Hin lögfræðilegu álitamál lúta m.a. að móðerni og faðerni barna sem getin hafa verið með aðstoð slíkrar tækni. Á þessum álitamálum var aðeins að litlu leyti tekið í eldri barnalögum. Í hinum nýju barnalögum er aftur á móti að finna ýmis ákvæði sem ætlað er að ráða bót á þessu.

*Móðerni.* Tekið er fram berum orðum í 5. gr. nýju barnalaganna að kona, sem elur barn eftir tæknifrjóvgun, teljist móðir þess. Er þetta óháð því hvort notaðar voru gjafaeggfrumur við frjóvgunina eða eggfrumur hennar sjálfar.<sup>10</sup> Tilgangurinn með því að lögfesta ákvæði af þessum toga er að koma í veg fyrir að deilur risi um móðerni barns í þeim tilvikum þegar notaðar eru gjafaeggfrumur við tæknifrjóvgun en ekki kynfrumur konunnar sem gengur með barn og elur það.<sup>11</sup> Ekki þótti ástæða til að setja í barnalögin almennt ákvæði um móðerni barns nema við þessar aðstæður.<sup>12</sup>

*Faðerni.* Sá maður telst vera faðir barns sem samþykkir að tæknifrjóvgun fari fram á eiginkonu sinni, sbr. 1. ml. 1. mgr. 6. gr. nýju barnalaganna. Er þetta óháð því hvort notað er hans eigið sæði eða gjafasæði.<sup>13</sup> Sama regla gildir um þar í skráðri sambúð, sbr. 2. ml. sömu málsgreinar. Hér er miðað við að framkvæmd tæknifrjóvgunar fari fram samkvæmt lögum þar að lútandi, sbr. lög nr. 55 frá 1996. Í lögnum er m.a. að finna nákvæmar reglur um það hvar tæknifrjóvganir mega fara fram og hvaða skilyrði þurfa að vera uppfyllt til þess að lækni sé heimilt að framkvæma slíka aðgerð, sbr. 2. og 3. gr. laganna. Ákvæði 23. gr. nýju barnalaganna, sem er efnislega samhljóða 55. gr. barnalaganna frá 1992, fjallar um vefengingu á faðerni barns sem getið er við tæknifrjóvgun á konu

<sup>9</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 25.

<sup>10</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 32.

<sup>11</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 14. Rétt er að benda á að í dönsku barnalögnum og þeim norsku er að finna sérstök ákvæði um staðgöngumæðrun (surrogatmoderskab). Er tekið fram að samningur um afhendingu barns eftir fæðingu þess sé ógildur, sbr. 31. gr. dönsku barnalaganna nr. 460/2001 með síðari breytingum og 2. mgr. 2. gr. norsku barnalaganna nr. 7/1981 með síðari breytingum. Þetta er ekki tekið fram í íslensku barnalögnum, en slíkir samningar eru þó samkvæmt almennum lagaviðhorfum líklega óskuldbindandi að íslenskum rétti ef á það reyndi. Nánar er fjallað um þetta efni í Barnarétti, bls. 161–167. Þótt almennt ákvæði um þetta sé ekki að finna í íslensku barnalögnum skal bent á að tekið er fram í 3. mgr. 6. gr. laga um tæknifrjóvgun nr. 55/1996 að svonefnd staðgöngumæðrun sé óheimil. Hugtakið staðgöngumæðrun er skilgreint í 7. mgr. 1. gr. laganna. Af skilgreiningunni leiðir að óheimilt er að framkvæma tæknifrjóvgun á konu sem hyggst ganga með barn fyrir aðra konu og hefur fallist á það fyrir meðgönguna að láta barnið af hendi strax eftir fæðingu þess. Hér er því ekki um að ræða almennt bann við staðgöngumæðrun heldur tekur bannið aðeins til þess að tæknifrjóvgun samkvæmt lögum nr. 55/1996 sé framkvæmd við þessar aðstæður.

<sup>12</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 32. Slíkt almennt ákvæði um móðerni barns er að finna í 1. mgr. 2. gr. norsku barnalaganna nr. 7/1981 með síðari breytingum.

<sup>13</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 33.



sem er í hjúskap eða í skráðri sambúð. Samkvæmt því er eingöngu í þeim tilvikum þar sem ljóst er að barn er ekki getið við tæknifrjövgunina unnt að taka til greina kröfu um vefngingu á faðerni þess. Í H.1997,2816 er fjallað um álitamála varðandi kröfur um form samþykkis verðandi föður til tæknifrjövgunar og um ákvæði barnalaganna frá 1992 um heimildir til vefngingar á faðerni barna sem getin eru með tæknifrjövgun. Í málinu krafðist M, skráður faðir tvíbura sem getnir höfðu verið með tæknifrjövgun og eiginkona hans K ól, að viðurkennt yrði með dómi að hann teldist ekki faðir barnanna.

Forsaga málsins er sú að M og K höfðu gengið í hjónaband í júní 1988. Þau eignuðust dóttur í júlí 1993 og var hún getin með gjafasæði, en þau höfðu bæði óskað eftir slíkri aðgerð með skriflegri yfirlýsingu í apríl 1992. Í yfirlýsingunni var sérstaklega tekið fram að M myndi á allan hátt og ávallt skoða barn (börn), sem K fæddi eftir slíka tæknifrjövgun, sem sitt eigið barn. Í desember 1994 fór K aftur í tæknisæðingaraðgerð hjá sama lækni. Aðgerðin heppnaðist og ól K tvíbura í ágúst 1995. Hálfu ári fyrir höfðu þau M og K slitið samvistir.

Í málinu var óumdeilt að M gæti ekki verið liffræðilegur faðir tvíburanna. Hann var þó talinn faðir þeirra samkvæmt faðernisreglu barnalaganna, sbr. 1. mgr. 2. gr. barnalaga nr. 20/1992, enda voru börnin alin í hjúskap þeirra M og K. M höfðaði mál til vefngingar á faðerninu og hélt því fram að hann gæti ekki lögum samkvæmt talist faðir barnanna, þar sem hann hefði ekki samþykkt aðgerðina með lögformlegum hætti. Ekki lá fyrir skriflegt samþykki M fyrir tæknisæðingunni í desember 1994. Í málinu var deilt um það hvort M hefði verið kunnugt um tæknisæðinguna og hann verið henni samþykktur, þótt ekki hafi verið gengið frá því skriflega og við votta eins og boðið var í 3. gr. barnalaganna nr. 20/1992.

Litið var svo á, bæði í héraðsdómi og í hæstarétti, að M hefði ekki með yfirlýsingu sinni í apríl 1992 veitt samþykki sitt til þeirrar aðgerðar sem fram fór á eiginkonu hans í desember 1994. Í dómi hæstaréttar segir að læknum hefði verið rétt að ganga eftir skriflegu samþykki M að nýju. Vanræksla á þessu var þó ekki talin girða fyrir það að beitt yrði almennum sönnunarreglum til að leysa úr því hvort M hefði vitað um aðgerðina og því í reynd verið ásáttur við hana. Hæstiréttur leit til þess að M og K ræddu bæði við lækinn í síma síðsumars árið 1994 um möguleika á annarri aðgerð og eins til þess að M hafði tjáð prest, sem leitaði um sættir með þeim hjónum er skilnaður vofði yfir og vissi ekki betur en að M væri liffræðilegur

faðir barnanna, að það hefði verið sameiginleg ákvörðun þeirra að eignast annað barn og að hann myndi reynast dóttur þeirra og ófæddu barni vel í alla staði þrátt fyrir skilnað. Þá taldi hæstiréttur ósannað að M hefði látið í ljós þá afstöðu sína að hann hefði ekki verið samþykktur aðgerðinni í desember 1994 fyrr en í júlí 1995. Auk þess taldi hæstiréttur sannað að M hefði verið kunnugt um ferðir K í desember 1994 til læknisins og í hvaða skyni þær voru farnar. Þær skýringar hans að K hefði leitað til læknisins í öðrum erindagjördum þóttu ótrúverðugar. Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu í málinu að M hefði ekki tekist að sýna fram á að hann hafi hvorki vitað um né viljað að K gengist undir tæknifrjövgunina í desember 1994 og var K þar af leiðandi sýknuð af kröfum M.

Eins og áður hefur komið fram var 3. gr. barnalaganna frá 1992 í gildi þegar tæknisæðing sú sem um ræðir í málinu fór fram. Þar sagði: "Eiginmaður eða sambúðarmaður, sem samþykkt hefur skriflega og við votta að tæknifrjövgun fari fram á eiginkonu eða sambúðarkonu hans með sæði úr öðrum manni, telst faðir barns sem þannig er getið." Á þessum tíma höfðu lög um tæknifrjövgun nr. 55/1996 ekki öðlast gildi. Þrátt fyrir að 3. gr. barnalaga nr. 20/1992 fæli í sér áskilnað um að samþykki væri skriflegt og vottað, leiðir af dómi hæstaréttar að unnt sé að beita almennum sönnunarreglum til að leysa úr því hvort maður hafi í reynd vitað um aðgerð og verið ásáttur við hana, þótt framangreindum formskilyrðum hafi ekki verið fullnægt. Hliðstæða reglu er nú að finna í 6. gr. nýju barnalaganna. Þar kemur fram að maður, sem samþykkt hefur að tæknifrjövgun fari fram á eiginkonu sinni samkvæmt ákvæðum laga um tæknifrjövgun, teljist vera faðir barns sem þannig er getið. Í a-lið 1. mgr. 3. gr. laga um tæknifrjövgun nr. 55/1996 segir berum orðum að bæði konan og sá maður sem hún er í samvistum við verði að samþykkja aðgerðina skriflega og við votta. Af þessu verður ekki betur séð en að af lögum leiði skýlause kröfu um skriflegt samþykki manns í votta viðurvist áður en aðgerð er framkvæmd á konu hans. Af framangreindum dómi hæstaréttar virðist samt sem áður mega draga þá ályktun að í reynd sé þetta ekki fortakslaust skilyrði og þeirri reglu slegið fastri að unnt sé að leiða sönnur á samþykkið eftir almennum reglum þótt ekkert skriflegt samþykki liggja fyrir. Í greinargerð með frumvarpi til hinna nýju barnalaga er ekki minnst á þennan dóm hæstaréttar og enginn fyrirvari gerður um gildi þeirra sjónarmiða sem hann er byggður á. Verður því að gera ráð fyrir að þau sjónarmið sem þar er byggt á séu enn í fullu gildi.

Maður, sem gefur sæði til tæknifrjövgunar á annarri

konu en eiginkonu/sambúðarkonu sinni, telst ekki vera faðir barns sem getið er með sæði hans, sbr. 2. mgr. 6. gr. nýju barnalaganna. Hér er það jafnframt skilyrði eins og í 1. mgr. sömu greinar að tækniþróunin fari fram í samræmi við lög þar að lútandi. Gefi maður aftur á móti sæði í öðrum tilgangi en greinir í 2. mgr. 6. gr. telst hann vera faðir barns sem getið er með sæði hans í samræmi við almennar reglur um feðrun, nema sæðið hafi verið notað án vitundar hans eða eftir andlát hans, sbr. 3. mgr. sömu greinar. Hér á landi hefur fram til þessa verið notast við gjafasæði erlendis frá.<sup>14</sup>

### 2.3. Faðernismál

Dómsmál sem varða faðerni barna eru tvenns konar. Annars vegar svonefnd "véfengingarmál" og "mál til ógildingar á faðernisviðurkenningu", en það eru mál sem höfðud er til að fá faðerni tiltekins manns hnekkt, sbr. III. kafla nýju barnalaganna. Mál af því tagi geta höfðað: Móðir barns, barnið sjálf og sá maður sem skráður er faðir. Maður sem telur sig föður barns getur ekki höfðað slíkt mál til að fá faðerni annars manns hnekkt. Hins vegar er um að ræða svonefnd "faðernismál" (áður nefnd "barnsfaðernismál") en það eru mál sem höfðud eru til að fá dóm um að tiltekinn maður sé faðir barns, sbr. II. kafla nýju barnalaganna. Samkvæmt barnalögum frá 1992 gátu eingöngu móðir og barn höfðað faðernismál. Karlmaður, sem taldi sig vera föður tiltekins barns, gat ekki höfðað slíkt mál til að fá faðerni sitt viðurkennt.

*Á árinu 2000 kom mál til kasta Hæstaréttar Íslands sem maður hafði höfðað í þeim tilgangi að fá dóm um að hann væri faðir tiltekins barns. Héráðsdómur vísaði málinu frá þar sem maðurinn var ekki talinn geta átt aðild að slíku máli og byggðist sú niðurstaða á skýrum ákvæðum barnalaganna frá 1992. Hæstiréttur taldi aftur á móti að ákvæði laga, sem meinuðu manni að höfða slíkt mál, væru andstæð stjórnarskránni, einkum jafnræðisreglunni í 65. gr. og ákvæði 70. gr. hennar, um rétt manna til að fá skorid úr um réttindi sín fyrir dómi. Þá var í dómnum lögð áhersla á þann grundvallarétt barnsins að vera réttilega fedrað.<sup>15</sup> Nánar segir í dómnum:*

*Við úrlausn þessa máls ber til þess að líta að frá gildistöku barnalaga hafa mikils háttar breytingar orðið á íslenskum rétti sem snerta þann ágreining sem hér er uppi. Í þessu sambandi ber hest þær breytingar sem gerðar voru á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands*

*nr. 33/1944 með stjórnskipunarlægum nr. 97/1995. Með 3. gr. og 8. gr. laga þessara, er urðu 65. gr. og 70. gr. stjórnarskrárinnar, voru stjórnarskrárbundin ákvæði um jafnræði borgaranna og rétt þeirra til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur fyrir dómstóli.*

*Í 70. gr. stjórnarskrárinnar felst sjálfstæð regla um að menn skuli almennt eiga rétt á að bera mál sín undir dómstóla. Ákvæði í almennum lögum, sem takmarka þennan rétt, verður að skýra með hlíðsjón af því. Í 43. gr. barnalaga eru aðilar faðernismáls, til sóknar og varnar, tæmandi taldir. Felur ákvæðið eftir ordanna hljóðan í sér talmun þess að sóknaraðili geti leitað dómsviðurkenningar á því að hann sé faðir barnsins sem um ræðir í máli þessu.*

*Í 65. gr. stjórnarskrárinnar, þar sem kveðið er á um að allir skuli vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda, er sérstaklega áréttað í 2. mgr. að konur og karlar skuli njóta jafns réttar í brúvetna. Sams konar bann við mismunun birtist í 14. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Í athugasemdum með frumvarpi að stjórnskipunarlægum nr. 97/1995 kom fram að í jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar væru ekki fölgín ákvæðin efnisréttindi heldur felist mikilvægi hennar fyrst og fremst í því að henni væri ætlað að vera almenn leiðbeiningarregla um bann við mismunun, sem beri ávallt að hafa að leidarljósi, ekki einvörðungu við setningu laga heldur og við skýringu þeirra.*

*Af lögskýringargögnum verður ekki ráðið að sú mismunun kynjanna sem birtist í 43. gr. barnalaga byggist á málefnalegum rökum er hníga sérstaklega að því að vernda hagsmuni kvenna í þessu tilliti fremur en karla. Til þess ber og að líta að mikilvægir þjóðfélagslegir hagsmunir eru fölgirnir í því að faðerni barna sé í ljós leitt og ákvarðað. Síðast en ekki síst ber að hafa í huga ríka hagsmuni barnsins sjálfs af því að það sé réttilega fedrað. Nægir þar að nefna rétt barns til að njóta umgengni við foreldra sína og umsjár þeirra, auk fjárhagslegra hagsmuna sem þessu eru tengdár. Í almennum athugasemdum, sem fylgdu VII. og VIII. kafla í frumvarpi til barnalaga, kemur fram að ætlunin með faðernismálum sé að leita sannleikans um það, hver sé faðir barns. Hér sé það ekki síst hagur og heill barnsins sem í húfi er. Réttarfarsreglum verði að haga svo að þær þjóni þeim tilgangi sem stefnt er að um könnun á faðerni barns.*

<sup>14</sup> Í grein um tækniþróunir, sem birtist í Morgunblaðinu 28. janúar 2004, bls. 26-27, kemur fram að Íslendingar fái gjafasæði frá Danmörku. Þá er jafnframt haft eftir sérfræðingi á tækniþróunardeild Landspítalans að Íslenskir sæðisgjafar séu afar fátíðir vegna smáðar þjóðarinnar og skýldleika. Þeim sé vegna þessa yfir höfuð ekki boðið upp á að gefa sæði til notkunar hér á landi. Hins vegar sé ekkert að finna í lögum sem banni Íslenskum karlmanni að gefa Íslensku pari sæði og Íslensku pari að þiggja sæði frá Íslenskum gjafa. Orða dæmi séu um það að óskað hafi verið eftir tækniþróingu hérlendis með sæði frá bræðrum manna sem ekki hafa sjálfir heilbrigðar sæðisfrumur.

<sup>15</sup> H 2000.4394.



Ennfremur er tekið fram í dómi hæstaréttar að í ljósi atvika málsins teljist maðurinn hafa leitt að því líkur að hann væri faðir barnsins. Til viðbótar var talið að sú staðreynd vægi þungt við mat á því hvort honum skyldi heimilt að fá efnisúrlausn um kröfur sínar.

Vegna þessa dóms varð löggjafinn að endurskoða þessi ákvæði barnalaga sem takmörkuðu rétt manna til að höfða dómsmál til feðrunar barns, enda þótt um reglu væri að ræða sem ætti sér langa hefð og styddist við þau rök að eðlilegt væri að vernda móður og barn fyrir tilefnislausum málshöfðunum og standa vörð um friðhelgi fjölskyldunnar. Í samræmi við þær kröfur sem taldar voru felast í dómi hæstaréttar var í upphaflegu frumvarpi sífjalaganefndar gert ráð fyrir að maður, sem telur sig vera föður að barni, gæti höfðað mál til feðrunar barns og voru ekki settar sérstakar skorður við þeim rétti. Í meðförum Alþingis var ákvæðið þrengt og sett það skilyrði að slík málshöfðun væri því aðeins heimil að barn væri ekki feðrað.<sup>16</sup> Karlmaður getur þar af leiðandi aldrei höfðað mál til að fá sig viðurkenndan sem föður barns, ef annar maður er skráður faðir þess.

Þeirri spurningu má varpa fram hvort þessi breyting gangi nægilega langt sé tekið mið af fyrrnefndum dómi hæstaréttar og þeim röksemdum sem hann er reistur á. Vel er mögulegt að upp komi tilvik þar sem maður telur sig vera föður barns sem annar maður er skráður faðir að og hann leiðir líkur að því að faðernið sé ranglega skráð. Ekkert í forsendum hæstaréttar gefur tilefni til þeirrar ályktunar að réttur þess manns eigi að sæta öðrum og ríkari takmörkunum en réttur manns sem telur sig vera föður að barni sem ekki er feðrað. Í því sambandi er sérstaklega bent á að í forsendum hæstaréttar er lögð áhersla á þá ríku hagsmuni barnsins sjálfs af því að það sé réttilega feðrað.

## 2.4. Forsjá barna og meðferð ágreiningsmála um forsjá

Hin nýju barnalög hafa að geyma nýmæli sem varða forsjá barna og verður gerð grein fyrir nokkrum mikilvægum atriðum sem að þessu líta.

### 2.4.1. Forsjá barna sem búa hjá báðum kynforeldrum

Eins og áður fara foreldrar sem eru í hjúskap eða ískráðri sambúð báðir með forsjá barna sinna, sbr. 1. mgr. 29. gr. nýju barnalaganna. Sú breyting hefur

aftur á móti orðið með nýju barnalögnum að til þess að sambúð foreldra hafi þessi áhrif er nauðsynlegt að skrá hana í þjóðskrá. Ef foreldrar sem búa saman í óskráðri sambúð vilja báðir hafa forsjá barna sinna, þurfa þeir að gera um það sérstakt samkomulag sem sýslumaður síðan staðfestir, sbr. 1. og 5. mgr. 32. gr. nýju barnalaganna.

Sameiginleg forsjá foreldra sem eru í óvígðri sambúð var nýmæli í barnalögnum frá 1981. Óvígð sambúð var að þessu leyti lögð að jöfnu við hjúskap. Engin skilyrði voru sett um skráningu, lengd eða önnur atriði tengd sambúðinni og gengu reglur hér á landi lengra en t.d. í Danmörku og Noregi.<sup>17</sup> Með nýju lögnum hefur verið horfið frá þessu og sett það skilyrði að sambúð hafi verið skráð til þess að foreldrar í óvígðri sambúð fari sjálfkrafa saman með forsjá barna sinna. Skilyrði þetta er eðlilegt og með því er þess freistað að stuðla að stöðugleika í lífi barnsins.

### 2.4.2. Forsjá barna sem ekki búa hjá báðum kynforeldrum.

Frá árinu 1992 hefur verið litið svo á að þegar foreldri, sem fór með forsjá barns ásamt hinu foreldrinu (sameiginleg forsjá), gekk á ný í hjónaband eða stofnaði til sambúðar, fengu stjúpforeldri og sambúðarforeldri sjálfkrafa forsjá barns ásamt foreldrinu.<sup>18</sup> Þessi sérstæða regla gat leitt til þess að allt að fjórir aðilar fóru með forsjá barns. Við endurskoðun barnalaganna þóttu ekki standa rök til þess að barn lyti jafnframt forsjá utanaðkomandi aðila, þegar forsjár beggja kynforeldra nyti við.<sup>19</sup> Nýju lögin gera þannig ráð fyrir að stjúpforeldri og sambúðarforeldri fari eingöngu með forsjá barns í þeim tilvikum þegar það foreldri, sem þeir ganga að eiga eða hefja sambúð með, fer eitt með forsjána, sbr. 3. mgr. 29. gr. nýju barnalaganna. Þá er jafnframt gerð sú breyting að sambúðarforeldri fær ekki lengur sjálfkrafa forsjá barns við það að hefja sambúð með kynforeldri sem fer eitt með forsjá. Sett er það skilyrði að sambúðin hafi staðið samfleytt í a.m.k. eitt ár frá því að hún var skráð í þjóðskrá. Hér eru hagsmunir barnsins hafðir í huga og áherslan lögð á stöðugleika í lífi þess.

Þegar þær aðstæður koma upp að forsjáforeldri, sem hefur gengið í hjúskap á ný eða stofnað til sambúðar, andast, fer stjúpforeldri eða sambúðarforeldri (enda hafi sambúðin varað samfleytt a.m.k. í eitt ár eftir skráningu) áfram með forsjá barnsins, sbr. 2. mgr. 30.

<sup>16</sup> Sbr. nefndarálit og breytingartillögur frá allsherjarnefnd um frv. til barnalaga - 128. löggjafarþing, 180. mál, þskj. 1338 og 1339.

<sup>17</sup> Barnaréttur, bls. 180–181.

<sup>18</sup> Skýr munur er á þessum tveimur hugtökum í barnalögum. Stjúpforeldri nefnist sá sem er í hjúskap með kynforeldri, en sambúðarforeldri sá sem býr í óvígðri sambúð með kynforeldri sem hefur barn hjá sér og hefur forsjá þess.

<sup>19</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 67–68.



gr. nýju barnalaganna. Þessi regla, sem svarar til fyrri málsliðar 2. mgr. 31. gr. barnalaganna frá 1992, miðar að því að vernda barnið á þann hátt að í kjölfar áfálsins sem foreldramissir er þurfi það ekki nauðsynlega á sama tíma að takast á við meiri háttar breytingar á aðstæðum sínum og nánasta umhverfi.<sup>20</sup> Barnið á því rétt á að dvelja áfram á heimili sínu þar til samkomulag verður um annað eða dómari ákveður annað, sbr. 4. mgr. 30. gr. nýju barnalaganna. Áréttað er að það leiðir af skilyrðinu í fyrri málslið 3. mgr. 29. gr. nýju barnalaganna að hið eftirlifandi sambúðarforeldri fer ekki með forsjá barns eftir andlát forsjárforeldris, nema skilyrðum þess ákvæðis um skráningu og lengd sambúðar sé fullnægt. Af eldri reglum leiddi aftur á móti að sambúðarforeldri, sem sjálfkrafa fékk forsjá barns í hendur ásamt forsjárforeldri við það eitt að hefja sambúð með því, fór áfram með forsjána eftir andlát forsjárforeldrisins. Breytingin felur þannig í sér að hafi sambúð forsjárforeldris og sambúðarforeldris staðið skemur en í eitt ár samfleytt frá skráningu, fellur forsjáin sjálfkrafa til hins forsjárlausa kynforeldris samkvæmt ákvæði 3. mgr. 30. gr. nýju barnalaganna. Má því segja að þessi breyting sé til þess fallin að styrkja stöðu forsjárlaus foreldris.

#### 2.4.3. Yfirlýsing um skipan forsjár að forsjárforeldrum látnum.

Meðal nýmæla sem hin nýju barnalög hafa að geyma má nefna yfirlýsingar um skipan forsjár að forsjárforeldrum látnum, sbr. 6. og 7. mgr. 30. gr. Samkvæmt þessum ákvæðum geta forsjárforeldrar gefið út sérstaka yfirlýsingu, þar sem þeir tilgreina hver skuli fara með forsjá barns þeirra að þeim látnum. Gerðar eru ákveðnar kröfur til þess hvernig að slíkrí yfirlýsingu skuli staðið, auk þess sem hún er eingöngu bindandi að því marki sem ráðstöfun er talin samræmast hagsmunum barnsins. Þessi heimild er sambærileg við heimild sem er að finna í löggræðisögum, þar sem foreldri er leyft að ákveða hver skuli vera fjárhaldsmaður barns að foreldrinu látnu.<sup>21</sup>

#### 2.4.4. Dómstólar skera úr ágreiningu um forsjá.

Samkvæmt nýju barnalögum eiga ágreiningsmál um forsjá barna í tilefni af skilnaði eða sambúðarslitum alfarið undir dómstóla, sbr. 34. gr. Barnalögin frá 1992 byggðust einnig á þeirri meginreglu en foreldrar gátu sammælt um að fela dómsmálaráðuneytinu

úrlausn máls. Sú leið hefur nú verið afnumin, enda afar fátítt hin síðustu ár að leitað væri til ráðuneytisins með þessi deilumál.<sup>22</sup> Í greinargerðinni er tekið fram að þýðingarmikið sé að mál sem varða svo mikilvæga hagsmuni lúti öll sömu reglum og sæti úrlausn dómstóla.<sup>23</sup> Rétt er að benda á að samkvæmt 2. mgr. 34. gr. getur dómari ekki dæmt að forsjá skuli vera sameiginleg, enda hlýtur sameiginleg forsjá eðli málsins samkvæmt alltaf að byggjast á samkomulagi foreldra. Foreldrar geta hvenær sem er undir rekstri máls gert með sér slíkt samkomulag og fellur málið þá niður.

#### 2.4.5. Heimild dómara til að ákveða meðlagsgreiðslur og umgengni.

Fram að gildistöku nýju barnalaganna voru öll mál sem snertu meðlagsgreiðslur eða umgengnisrétt í höndum sýslumanna. Skipti í því sambandi engu máli hvort þau voru sjálfstæð ágreiningsefni eða hluti af umfangsmeira máli sem rekið var fyrir dómstólum. Í nýju barnalögum er gert ráð fyrir því, í þeim tilvikum þegar mál um forsjá barns er fyrir dómi, að dómari geti að beiðni aðila jafnframt tekið ákvörðun um meðlag og/eða umgengi, sbr. 4. mgr. 34. gr. Það gefur augaleið að með þessu má spara tíma og vinnu, enda hefur dómari í tengslum við málið kynnt sér gögn þess og hefur þar af leiðandi góðar forsendur til að taka ákvörðun um greiðslu meðlags og rétt til umgengni. Í öllum öðrum tilvikum leysa sýslumenn úr málum af þessu tagi. Ef síðar er krafist endurskoðunar á ákvörðun dómara um greiðslu meðlags eða inntaki umgengnisréttar ber að snúa sér til sýslumanns og tekur hann ákvörðun með úrskurði.

#### 2.4.6. Bráðabirgðáúrskurður um forsjá, umgengni og meðlag.

Samkvæmt nýju barnalögum getur dómari, að beiðni aðila, ákveðið til bráðabirgða hvernig forsjá barns skuli vera háttað á meðan forsjármál er til meðferðar fyrir dómi og þar til það er til lykta leitt, sbr. fyrri málslið 1. mgr. 35. gr. Sambærilega heimild til að úrskurða um forsjá til bráðabirgða var að finna í 36. gr. barnalaga nr. 20/1992. Í nýju barnalögum felast tvö mikilvæg nýmæli í þessu sambandi. Í fyrsta lagi getur dómari, í úrskurði sínum um forsjá til bráðabirgða, jafnframt kveðið á um umgengni og meðlagsgreiðslur til bráðabirgða, sbr. síðari málslið 1. mgr. 35. gr.<sup>24</sup> Í öðru lagi er það nýmæli að finna

<sup>20</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 78–79.

<sup>21</sup> Sbr. 8. mgr. 51. gr. löggræðis laga nr. 71/1997 sem hljóðar svo: "Nú hefur foreldri ákveðið hver vera skuli að því látnu fjárhaldsmaður barns er það hefur forsjá fyrir og skal þá skipa hann fjárhaldsmann, nema annað þyki hentara vegna hagsmuna barnsins eða mælt sé fyrir um fjárhaldið í lögum."

<sup>22</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 69.

<sup>23</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 69.

<sup>24</sup> Sjá t.d. dóm hæstaréttar í máli nr. 42/2004, sem kveðinn var upp 18. mars 2004. Í dómnum er í samræmi við 1. mgr. 35. gr. nýju barnalaganna ekki aðeins tekin afstaða til forsjár til bráðabirgða heldur einnig til meðlagsgreiðslna og umgengnisréttar. Sjá einnig dóm hæstaréttar í máli nr. 153/2004, sem kveðinn var upp 5. maí 2004, um beiðingu þessa ákvæðis.

að dómari getur óbeint ákveðið að forsjá skuli vera sameiginleg, sbr. 2. mgr. 35. gr. Þetta gerist með þeim hætti að dómari getur hafnað því að sameiginleg forsjá falli niður á meðan forsjármálið er rekið fyrir dómi. Heimildin í 2. mgr. 35. gr. er bundin við það að forsjáin sé sameiginleg þegar málið er höfðað.<sup>25</sup> Þessar reglur eiga að stuðla að því að barn haldi tengslum við báða foreldra sína undir rekstri forsjármálsins og draga úr líkum á því að annað foreldrið öðlist betri stöðu en hitt ef mál dregst á langinn, og eins að tryggja barni framfærslu beggja foreldra sinna.<sup>26</sup>

#### 2.4.7. Tálmanir á umgengni foreldris og barns skipta máli við ákvörðun forsjár.

Í nýju barnalögunum hefur verið lögfest það nýmáli í 3. mgr. 34. gr. að við ákvörðun um skipan forsjár barns beri dómara m.a. að líta sérstaklega til þess hvort foreldri, sem krefst forsjár barns síns, hefur verið tálmuð umgengni við það. Fram til gildistöku nýju barnalaganna hefur vissulega verið litið til þessa þáttar, en nú þarf dómari að fjalla sérstaklega um þetta atriði í úrlausn sinni. Með þessu er þess freistað að koma í veg fyrir að því marki sem unnt er að það foreldri sem barnið býr hjá geti styrkt stöðu sína í forsjármáli með því<sup>27</sup> að hindra með ólögætum hætti eðlileg tengsl og umgengni barns við hitt foreldrið.<sup>28</sup> Lögfesting þessa ákvæðis er þannig liður í viðleitni löggjafans til að tryggja rétt barns til að þekkja og umgangast báða foreldra sína.<sup>27</sup>

#### 2.5. Ágreiningur um umgengni og meðlag þegar forsjá er sameiginleg

Í barnalögunum frá 1981 sagði að forsjá skyldi vera óskipt hjá öðru foreldrinu eppau voru ekki í samvistum.<sup>28</sup> Sameiginleg forsjá foreldra sem ekki bjuggu saman var því með öllu útilokuð. Við samningu barnalaganna frá 1981 kom til athugunar að heimila foreldrum að semja um sameiginlega forsjá barna sinna eftir skilnað eða sambúðarslit en ákveðið að stíga ekki það skref. Á árinu 1987 var síðan lagt fram á Alþingi lagafrumvarp um breytingu á barnalögunum frá 1981, sem gerði ráð fyrir sameiginlegri forsjá foreldra. Frumvarpið náði ekki fram að ganga.<sup>29</sup> Það var því ekki fyrr en með barnalögunum frá 1992 að sameiginleg forsjá varð að veruleika. Þá hafði sameiginleg forsjá verið heimilud

með lögum í öðrum ríkjum Norðurlanda um nokkurt skeið.<sup>30</sup>

Í meginatriðum hvílir sameiginleg forsjá á þeirri forsendu að foreldrar séu sammála um forsjá, umgengni og framfærslu, sem og um annað það sem varðar hag barns þeirra og þarfir. Eðli málsins samkvæmt er sameiginleg forsjá ekki framkvæmanleg nema góð sátt ríki milli foreldra. Samkvæmt barnalögunum frá 1992 var litið svo á að ágreiningur foreldra varðandi þessi atriði hefði óhjákvæmilega í för með sér að forsendur fyrir sameiginlegri forsjá væru brostnar. Í nýju barnalögunum er aftur á móti slakað nokkuð á þessu skilyrði og viðurkennt að foreldrar geti verið ósammála um einstaka þætti varðandi hag barna sinna án þess að það leiði nauðsynlega til þess að forsendur brestu fyrir sameiginlegri forsjá. Þar sem reynslan hefur sýnt að foreldrar velja gjarnan að fara saman með forsjá barna sinna við samvistarlit, var ákveðið að renna styrkari stöðum undir þetta úrræði og koma til móts við foreldra sem vilja áfram hafa saman forsjána, þótt þeir kunni að vera ósammála um umgengni barns við það foreldri sem það býr ekki hjá.<sup>31</sup> Nýju barnalögin gera þannig ráð fyrir að foreldrar, sem saman fara með forsjá barns síns, geti leitað til sýslumanns með ágreiningu um umgengni og fengið úrskurð hans, án þess að hróflað verði við samningi þeirra um sameiginlega forsjá, sbr. 47. gr. Sama gildir um ágreining foreldra vegna meðlags og annarra sérstakra útgjalda, svo sem vegna fermingar og tannréttinga, sbr. 57. og 60. gr.

Í tengslum við undirbúning nýju barnalaganna kom til skoðunar hvort rýmka ætti enn frekar reglurnar um sameiginlega forsjá, einkum á þann veg að gera ráð fyrir því sem meginreglu að forsjá yrði áfram sameiginleg þrátt fyrir samvistarlit foreldra, nema annað væri ákveðið. Á þessu fyrirkomulagi er byggt í Svíþjóð, Finnlandi, Danmörku og í Noregi að hluta.<sup>32</sup> Í umræðu um þessi mál héraendis hafa verið færð rök fyrir því að rétt sé að fara þessa leið. Í ritinu Barnaréttur er því haldið fram að það sé beinlínis réttlætismál fyrir foreldra og barn að forsjáin sé áfram sameiginleg eftir samvistarlit. Sérstök rök þurfi til þess að útiloka sameiginlega forsjá foreldra, sem báðir

<sup>25</sup> Sjá hér dóm hæstaréttar í máli nr. 153/2004 sem kveðinn var upp 5. maí 2004. Atvik voru þau að foreldrar deildu um forsjá sonar þeirra til bráðabirgða. Í dómi hæstaréttar var staðfest sú niðurstaða héraðsdóms að hafna bæri kröfum aðila, hvors um sig, um að fá forsjá sonar síns. Í kröfugerð aðila fólst að sameiginleg forsjá myndi falla niður, en ekki þóttu vera nægileg efni til að verða við því.

<sup>26</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 93.

<sup>27</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 89.

<sup>28</sup> Sbr. 1. mgr. 38. gr. laga nr. 9/1981.

<sup>29</sup> Alþingistiðindi A 1987–1988, bls. 1653–1656.

<sup>30</sup> Í Svíþjóð frá 1976, í Noregi frá 1981, í Finnlandi frá 1983 og í Danmörku frá 1985, sbr. áfangaskýrslu forsjárnefndar, bls. 5.

<sup>31</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 80–82.

<sup>32</sup> Áfangaskýrsla forsjárnefndar, bls. 21.



eru hæfir til að ala upp barn og hafa ekki sýnt sig í öðru en að geta átt gott samstarf um málefni barna sinna innbyrðis og við börnin.<sup>33</sup> Undir þessi sjónarmið taka félagsráðgjafarnir Sigrún Júlíusdóttir og Nanna K. Sigurðardóttir.<sup>34</sup> Þær hvetja til þess að sameiginleg forsjá verði hið almenna fyrirkomulag. Það stuðli að jöfnuði kynjanna og jafnari samskiptum barna við báða foreldra sína. Þá telja þær að sú jákvæða reynsla sem fengist hefur af sameiginlegri forsjá hér á landi renni stoðum undir það að slík breyting verði gerð á íslenskum lögum.

Að lokum skal bent á áfangaskýrslu forsjárnefndar frá árinu 1999.<sup>35</sup> Í niðurstöðum sínum leggur forsjárnefnd til að skrefið verði stigið til fulls og sameiginleg forsjá verði meginregla við samvistarlit. Telur nefndin að slíkt fyrirkomulag samrýmist best 1. mgr. 18. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins og tekur undir það sjónarmið að hér sé um að ræða réttlætismál fyrir foreldri og barn.<sup>36</sup> Í greinargerð með nýju barnalögum kemur fram að sifjalaganefnd skoðaði þennan möguleika en hafnaði því að fara þessa leið. Rökin fyrir því voru þau að ríkjandi fyrirkomulag stuðlaði að því að foreldrar sem slíta samvistir, ræddu um málefni barna sinna í tengslum við samvistarlitin og leiddu hugann að því hvaða forsjárskipan kæmi þeim raunverulega best og að fagleg rök stæðu ekki til þess að breyta gildandi fyrirkomulagi.<sup>37</sup> Í ljósi þeirra röksemda sem lýst er að framan um að sameiginleg forsjá verði meginregla og þeirrar staðreyndar að það er sú leið sem farin hefur verið í nágrannaríkjunum, verður að telja að rök sifjalaganefndar gegn þessu fyrirkomulagi séu ekki nægilega sannfærandi.

Í þessu sambandi er vakin athygli á þeirri staðreynd að Íslendingar hafa í samanburði við nágrannaríkin verið tregir til þess að heimila sameiginlega forsjá yfirleitt og stöðja við það úrræði. Íslendingar voru síðastir Norðurlandþjóða til þess að leiða í lög heimild fyrir foreldra til þess að semja um sameiginlega forsjá. Það var fyrst gert með barnalögum frá 1992 og sætti heimildin þá þegar ströngum skilyrðum um að samkomulag ríkti um alla þætti varðandi hagi barns. Freistandi er að líta svo á að niðurstaða sifjalaganefndar sé hluti af almennri tortryggni, sem gætt hefur í

garð sameiginlegrar forsjár hjá löggjafanum hér á landi og tregðu til þess að efla það sem hið æskilega almenna fyrirkomulag. Mikið skortir á að þau rök sem sifjalaganefnd færir fyrir því að hafna þessari leið vegi upp á móti þeim rökum sem færð hafa verið fyrir gagnstæðri niðurstöðu.<sup>38</sup>

## 2.6. Umgengnisréttur ekki virtur

Það er réttur sérhvers barns, sem býr ekki hjá báðum foreldrum sínum, að umgangast reglulega það foreldri sem það býr ekki hjá, enda sé það ekki andstætt hagsmunum þess, sbr. 1. ml. 1. mgr. 46. gr. nýju barnalaganna. Af þessu leiðir að það foreldri, sem barnið býr hjá, á beinlínis að stuðla að því að barnið fái að umgangast hitt foreldri sitt, sbr. 2. ml. sömu málsgreinar. Reynslan hefur sýnt að á þessu vill verða misbrestur. Þannig getur andstaða þess foreldris sem barnið býr hjá, sem oft er byggð á öðrum sjónarmiðum en þeim sem varða hagsmuni barnsins, leitt til þess að barn er svipt þessum sjálfsagða rétti sínum, sem eftir atvikum var upphaflega nánar útfærður í samningi foreldra eða ákvörðun yfirvalds. Fram til þessa hafa dagsektir verið eina úrræðið sem mögulegt hefur verið að beita í tilvikum sem þessum. Með nýju barnalögum hefur verið lögfest til viðbótar nýtt þvingunarúrræði sem felur í sér að umgengni er komið á með aðfaragerð ef álagning og innheimta dagsekta dugir ekki til, sbr. 50. gr. Til þessara aðgerða má grípa þegar umgengnisréttur foreldris og barns er ekki virtur, óháð því hvort það foreldri sem barn býr hjá fer eitt með forsjá þess eða forsjáin er hjá foreldrunum sameiginlega. Í löggjöf flestra norræna ríkja er að finna hliðstæðar heimildir.<sup>39</sup>

Aðfaragerð felur í sér, sbr. 45. gr. nýju barnalaganna, að yfirvöld, að undangengnum úrskurði dómara, skerast í leikinn til að ganga eftir að lögmætum ákvörðunum um umgengni sé framfylgt. Sýslumaður (eða fulltrúi hans) fer þá sjálfur á þann stað þar sem barn dvelst, sækir það og kemur því í hendurnar á því foreldri sem á umgengnisrétt. Áður en til þessa kemur ber sýslumanni að boða fulltrúa barnaverndarnefndar á staðinn og skal hann vera barninu til trausts og halds. Hafa skal sem fæsta viðstadda af tillitsemi við barnið. Ef sýslumaður metur aðstæður svo þegar til

<sup>33</sup> Barnaréttur, bls. 210.

<sup>34</sup> Sigrún Júlíusdóttir og Nanna K. Sigurðardóttir. Áfram foreldrar. Rannsókn um sameiginlega forsjá og velferð barna við skilnað foreldra. Bls. 130.

<sup>35</sup> Sbr. einkum bls. 9–10 og 21.

<sup>36</sup> 1. mgr. 18. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins hljóðar svo: "Aðildarríki skulu gera það sem í þeirra valdi stendur til að tryggja að sú meginregla sé virt að foreldrar beri sameiginlega ábyrgð á að ala upp barn og koma því til þroska. Foreldrar, eða lögráðamenn, ef við á, bera aðalábyrgð á uppeldi barns og því að barni sé komið til þroska. Það sem barninu er fyrir bestu skal vera þeim efst í huga."

<sup>37</sup> Um þau rök sem ákvörðun sifjalaganefndar byggist á vísast í ritið Barnalög ásamt greinargerð, bls. 80–82.

<sup>38</sup> Sjá nánar 4. kaffa í Nordisk børneret II, sem heitir Fælles foreldreansvar, når samlivet er ophævet, bls. 100–136. Þar er að finna ítarlegan samanburð á reglum Norðurlandanna um sameiginlega forsjá.

<sup>39</sup> Sjá fylgiskjal nr. 1 með frumvarpi til gildandi barnalaga: Jóhanna Bryndís Bjarnadóttir, Lagareglur sem varða umgengni og þvingunarúrræði vegna brota á umgengnisrétti. Barnalög ásamt greinargerð, bls. 191–209.



kastanna kemur að óvarlegt sé að gerðin fari fram vegna hættu á að barnið hljóti andlegan skaða af skal hann hætta við hana. Þá geta þær aðstæður skapast að sýslumaður þurfi að leita eftir aðstoð lögreglu og skulu lögreglumenn þá vera óeinkennisklæddir. Áður en gripíð er til svo alvarlegra aðgerða sem þetta þvingunarúrræði er, ber dómara að leita eftir afstöðu barnsins ef talið er að það hafi aldur og þroska til, sbr. 43. gr. nýju barnalaganna.<sup>40</sup>

Í framkvæmd hefur lengst af verið mikil tregða til þess að beita heimild til að leggja dagsektir á foreldri sem hindrar lögmæta umgengni barns síns við það foreldri sem það býr ekki hjá. Verður reynslan að leiða í ljós hvort meiri vilji verður til þess að beita hinu nýja úrræði sem aðfaragerð er í tilefni af þessum brotum. Í þessu sambandi er vakin athygli á nýmæli 3. mgr. 34. gr. nýju barnalaganna þar sem segir að dómara beri að líta sérstaklega til þess við ákvörðun forsjár hvort það foreldri, sem krefst forsjár barns síns, hefur þurft að þola tálmanir á umgengni við barn sitt. Í þessu felst að foreldri sem barn býr hjá á það á hættu að virðingarleysi þess gagnvart þörfum barnsins til reglubundinna samvista við það foreldri sem það býr ekki hjá verði túlkað því í óhag ef til ágreinings kemur um forsjá fyrir dómstólum. Tilgangur þessa ákvæðis er sá að skapa frið um umgengnisréttinn og ef það markmið næst ætti síður að reyna á bein þvingunarúrræði.

Það hefur löngum verið áleitnið viðfangsefni hvernig hægt sé að bregðast við ólögmætum umgengnishindrunum og hefur gengið illa að finna lausn á því af tillitsemi við hagsmuni barnsins. Í fyrrnefndri skýrslu forsjárnefndar eru settar fram hugmyndir að mögulegum úrræðum.<sup>41</sup> Í niðurstöðukafla skýrslunnar segir m.a. að forsjárnefnd telji brýnt að gera lagabreytingar til að bæta hér úr og leggur til að fimm mismunandi leiðir verði athugaðar í því sambandi:<sup>42</sup>

1. Heimilt verði að frysta meðlagsgreiðslur til foreldris sem með ólögmætum hætti tálmar umgengni. Forsjárlaus foreldrið greiðir meðlagið eftir sem áður en forsjárforeldrið fær ekki greiðslurnar fyrr en það lætur af umgengnistálmunum.
2. Heimilt verði að fella niður greiðslu barnabóta til foreldris sem með ólögmætum hætti tálmar umgengni.
3. Sýslumanni verði heimilt að kalla foreldri

sem tálmar umgengni í viðtal og skylda foreldrana í ráðgjöf.

4. Óheimilt verði að úrskurða forsjárforeldri sem tálmar umgengni viðbótargreiðslum úr hendi forsjárlaus foreldris, s.s. aukíð meðlag, framlag vegna fermingar, framlag vegna mikils tannlæknakostnaðar o.s.frv.

5. Ef forsjárlaus foreldri, sem verður fyrir því að umgengni er tálmað með ólögmætum hætti, höfðar dómsmál til breytinga á forsjá verði litið á tálmun á umgengni sem sérstaka ástæðu til að breyta forsjánni, enda séu báðir foreldrar hæfir til að hafa forsjá barnanna.

Sifjalaganefnd hafði tillögur forsjárnefndar til hliðsjónar við endurskoðun barnalaganna en komst að þeirri niðurstöðu, m.a. með samanburði við löggjöf annarra ríkja, að aðeins bein aðfaragerð kæmi til álita til viðbótar við dagsektir. Hugmyndum á borð við þær, að "frysta" meðlagsgreiðslur til foreldris sem tálmar umgengni eða að heimila stjórnvöldum að hafna kröfu um aukíð meðlag eða sérstakt framlag vegna umgengnistálmunar, hafnaði nefndin með öllu. Taldi hún að slík úrræði kæmu ekki til greina til framdráttar umgengnisrétti með þeim rökum að barn ætti sjálfstæðan rétt til framfærslu úr hendi foreldris og að sú framfærsla væri í samræmi við þarfir barnsins og fjárhagsaðstöðu foreldris. Nefndin taldi þar af leiðandi að það væri ekki í samræmi við hagsmuni barns að skerða rétt þess til framfærslu úr hendi foreldris í því skyni að koma á umgengni. Eins benti nefndin á að slíkar aðgerðir myndu koma mjög misjafnlega niður á börnum eftir efnahag þess sem tálmar umgengni. Þá tók nefndin einnig sérstaklega fram að henni væri ekki kunnugt um að slík úrræði ættu sér fyrirmynd í löggjöf annarra ríkja.<sup>43</sup>

## 2.7. Ýmsar aðrar breytingar

Í hinum nýju barnalögum er að finna margvísleg önnur nýmæli og má þar helst nefna:

### 2.7.1. Nýjar reglur um feðrun barns foreldra í sambúð.

Samkvæmt 3. mgr. 2. gr. nýju barnalaganna verður sambúð foreldra barns að vera skráð í þjóðskrá til þess að maðurinn verði sjálfkrafa skráður faðir barnsins. Ef foreldrar barnsins eru í óskráðri sambúð og þeir vilja einhverra hluta vegna ekki skrá hana í þjóðskrá, verður sambúðarmaður að viðurkenna faðerni barns

<sup>40</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 117.

<sup>41</sup> Áfangaskýrsla forsjárnefndar, bls. 3.

<sup>42</sup> Áfangaskýrsla forsjárnefndar, bls. 21–22.

<sup>43</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 120–121.

samkvæmt reglum 4. gr. laganna.

### 2.7.2. Frávik frá pater est reglunni

Pater est reglan stendur óbreytt í nýju barnalögnum, sbr. 2. gr. Samkvæmt henni telst eiginmaður móður faðir barns hennar ef barnið er alið í hjúskapnum eða svo skömmu eftir hjúskaparslit að það sé hugsanlega getið í hjúskapnum. Þetta gildir þó ekki ef hjónin voru skilin að borði og sæng á getnaðartíma barnsins. Reynslan hefur sýnt að upp koma tilvik sem ekki falla nægilega vel að þessari reglu og vafi getur komið upp. Í nýju barnalögnum er því að finna nýmæli sem felur í sér annan fyrirvara um frávik frá pater est reglunni þess efnis að eiginmaður móður telst ekki vera faðir barns sem getið er í hjónabandi hans og móðurinnar ef móðirin hefur gifst öðrum manni eða hafið sambúð með öðrum manni sem skráð er í þjóðskrá fyrir fæðingu barnsins.

### 2.7.3. Ítarlegri reglur um vernd barna gegn ofbeldi

Sú skylda er berum orðum lögð á herðar forsjáforeldrum að vernda barn gegn andlegu og líkamlegu ofbeldi og annarri vanvirðandi háttsemi, sbr. 2. mgr. 28. gr. nýju barnalaganna. Þótt þessi skylda hafi falist í ákvæðum eldri barnalaga án þess að kveðið væri á um hana berum orðum, þótti rétt vegna mikilvægis hennar að mæla með beinum hætti fyrir um hana í nýju barnalögnum.<sup>44</sup>

### 2.7.4. Tímabundnir forsjársamningar

Í nýju barnalögnum er að finna nýmæli sem heimilar foreldrum að gera tímabundna forsjársamninga, þó ekki til skemmri tíma en sex mánaða, sbr. 32. gr. Eldri barnalöggjöf gerði ekki ráð fyrir að slíkir tímabundnir forsjársamningar væru leyfðir og giltu þar af leiðandi slíkir samningar ef gerðir voru óhákvæmilega til 18 ára aldurs barnsins. Margvíslegar ástæður geta legið að baki því að foreldrar vilja gera með sér tímabundna samninga um forsjá og í greinargerð eru tekin nokkur dæmi um aðstæður sem leitt gætu til slíkra tímabundinna samninga, eins og dvöl forsjáforeldris erlendis vegna náms eða vinnu, eða sjúkleiki um tíma. Þá getur verið að barnið sjálft láti í ljósi vilja sinn til þess að búa hjá því foreldri sem ekki hefur forsjá þess og foreldrar telja rétt að láta á það reyna áður en ákvörðun er tekin um hugsanlegar breytingar á forsjá barnsins.<sup>45</sup>

### 2.7.5. Heimild dómara til að dæma um meðlagsgreiðslur í faðernismálum

Í nýju barnalögnum er gert ráð fyrir því að dómari geti dæmt um meðlagsgreiðslur í faðernismálum, sbr. 6. mgr. 57. gr. Þetta fyrirkomulag byggist á því hagkvæmnissjónarmiði að dómari þekki til aðstæðna foreldra vegna afskipta sinna af faðernismálinu og eigi auðvelt með að fá nauðsynlegar upplýsingar til þess að byggja á ákvörðun um meðlagsgreiðslur með barninu sé þess óskað. Áður þurfti móðir ávallt að snúa sér með meðlagskröfu til sýslumanns í kjölfar faðernisdóms. Þá kemur fram í greinargerð með nýju barnalögnum að sífjalaganefnd þótti ekki vera rök til þess að færa dómara í faðernismáli vald til að dæma um umgengni föður og barns.<sup>46</sup>

### 2.7.6. Réttur barns til að tjá sig

Í nýju barnalögnum hafa reglur um rétt barna til að tjá sig um mál sem það varðar verið rýmkaðar. Í stað þess að miða við sérstakan lágmarksaldur í þessum efnum eins og barnalögin hafa gert fram til þessa (12 ár) er þetta nú orðað svo að miða beri við að barn hafi náð nægilegum þroska til að tjá sig um mál, sbr. 43. gr. nýju barnalaganna.<sup>47</sup>

### 2.7.7. Skráning barns í þjóðskrá

Samkvæmt nýju barnalögnum er skylt að skrá barn í þjóðskrá þegar eftir fæðingu þess. Þessi skylda kemur fram í 1. mgr. 7. gr. nýju barnalaganna og er í samræmi við 1. mgr. 7. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins. Rökin hér að baki byggjast á því að slík skráning sé til þess fallin að leggja áherslu á þau mikilvægu réttindi sérhvers barns að fá opinbera viðurkenningu á tilvist sinni innan ríkis.<sup>48</sup>

Fleiri veigaminni nýmæli er að finna, auk þess sem framsetningu laganna, einkum að því er varðar reglur um meðferð mála fyrir stjórnslunni, og kaflaskiptingu þeirra er breytt í vrulegum atriðum séu þau borin saman við eldri lög.

## 3. LOKAORÐ

Barnalöggjöfin er réttarsvið sem hefur verið í mikilli og stöðugri mótun síðastliðna áratugi, eða allt frá því að vinna hófst við undirbúning barnalaga nr. 9/1981. Fyrir utan að greinarmunur skilgetinna og óskilgetinna

<sup>44</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 15.

<sup>45</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 68–69.

<sup>46</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 19.

<sup>47</sup> Eldri barnalög gerðu einnig ráð fyrir heimild til þess að ræða við yngra barn ef talið var að það hefði aldur og þroska til, sbr. 4. mgr. 34. gr. laga nr. 20/1992.

<sup>48</sup> Barnalög ásamt greinargerð, bls. 35.

barna hefur verið afnuminn með öllu á þessu tímabili, er það einkum tvennt sem hefur mótað þessa þróun. Í fyrsta lagi aukin áhersla á réttindi og hagsmuni barna. Með því er lagður grundvöllur að þeirri meginreglu sem öll barnalöggjöf byggist á, að leysa skuli úr málefni sem þau varða með hagsmuni þeirra í fyrirrúmi. Í öðru lagi hefur þróunin verið í þá átt að jafna stöðu feðra og mæðra. Barnalögin nýju, sem hér hefur verið gerð grein fyrir, eru hluti þessarar þróunar og þá einkum að því er síðarnefnda atriðið varðar. Mikilvægustu nýmæli laganna miða ekki síst að því að treysta stöðu forsjárlaus foreldris. Afleiðingin er sú að lögin fela í sér mikilvægar réttarbætur fyrir feður, enda eru það þeir sem eru miklu oftar hið forsjárlaus foreldri. Þetta kemur m.a. fram í því að í lögunum er leitast við að styrkja það úrræði sem sameiginleg forsjá foreldra er, þótt leiða megi rök að því að ganga hefði mátt lengra í þeim efnum en gert var. Þá kemur þetta einnig fram í nýjum reglum um fullnustu ákvarðana um umgengnisrétt, sem hljóta að fela í sér réttarbætur fyrir forsjárlaust foreldri. Angi af þessu sama sjónarmiði er sú regla að lagt er fyrir dómara að huga sérstaklega að því við úrlausn forsjármála hvort foreldri sem krefst forsjár hefur verið tálmuð umgengni við barn sitt. Þessu skylt er einnig rýmkun á málshöfðunarheimild fyrir menn sem telja sig vera feður barna, til að fá faðerni sitt viðurkennt. Sú breyting verður að teljast fela í sér verulega réttarbót fyrir mögulega feður, þótt deila megi um hvort með henni hafi verið komið til fulls á móts við þau sjónarmið sem fram komu í H 1997.2816 og var hvatinn að þessari breytingu.



## HEIMILDASKRÁ

Alþingistiðindi A 1919, bls. 244.

Alþingistiðindi A 1987–1988, bls. 1653–1656.

Alþjóðlegir mannréttindasamningar sem Ísland er aðili að. Mannréttindastofnun Háskóla Íslands. Háskólaútgáfan 2003.

Áfangaskýrsla til dómsmálaráðherra. Forsjárnefnd. Júní 1999.

Barnalög ásamt greinargerð. Dóms- og kirkjumálaráðuneytið 2003.

Davíð Þór Björgvinsson. Barnaréttur. Reykjavík 1995.

Sigrún Júlíusdóttir og Nanna K. Sigurðardóttir. Áfram foreldrar. Rannsókn um sameiginlega forsjá og velferð barna við skilnað foreldra. Reykjavík 2000.

Svend Danielsen. Nordisk børneret II. Forældreansvar. Et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov. Nord 2003:14. Kaupmannahöfn 2003.