

## Inngangur

Foreldrajafnrétti hefur verið greinarhöfundum ofarlega í huga í gegnum tíðina. Mikið hefur verið rætt um foreldrajafnrétti og þá almennt um hversu mjög hallar á feður. Höfundar hafa í störfum sínum séð að lögin gera ekki greinarmun á réttindum foreldra eftir kyni, að öðru leyti en því að móðir, sem elur barn, fer ein með forsjá við fæðingu þess ef foreldrar eru ekki í hjúskap eða skráðri sambúð. Það er hins vegar talsverður munur á réttindum foreldra eftir því hvort þeir fara með forsjá barns síns eða ekki.

Kveikjan að þessari grein er mál forsjárlaus foreldris er höfundar aðstoðuðu við að leita réttar síns gagnvart barni sínu eftir að hitt foreldrið, sem fór eitt með forsjá barnsins, afsalaði forsjánni til barnaverndarnefndar (nú barnaverndarþjónustu). Um er að ræða talsverða þrautargöngu sem tók nokkur ár í kerfinu og var sláandi hversu lítil réttindi forsjárlaus foreldrið hafði í raun. Það stóð uppi svo til réttlaut gagnvart barni sínu af þeirri ástæðu einni að forsjárforeldrið hafði afsalað forsjá barnsins til barnaverndar. Þá tók málið talsvert langan tíma fyrir dómstólum og voru ýmsar hindranir í veginum sem gerðu foreldrinu erfitt um vik við að fá úrlausn sinna mála.

Í greininni er leitast við að svara því hver réttindi forsjárlaus foreldris eru við afsal forsjárforeldris á forsjá og fara yfir helstu lagaákvæði og hugtök sem skipta máli varðandi réttindi barna og foreldra við slíkar aðstæður til að varpa ljósi á stöðuna samkvæmt lögum. Þá verður fjallað um málsmeðferð í málum tveggja forsjárlausra foreldra til að varpa ljósi á réttarstöðu þeirra og meðferð mála þeirra fyrir dómstólum og þá hvernig staða forsjárlausra foreldra er í raun við þessar aðstæður. Þess má geta að um er að ræða einu málin sem finna má í dómasafni þar sem reynir á réttarstöðu forsjárlausra foreldra í kjölfar afsals forsjárforeldris á forsjá. Efni greinarinnar verður svo dregið saman og settar fram niðurstöður og tillögur að úrbótum.

## Friðhelgi fjölskyldunnar

Friðhelgi fjölskyldunnar eru viðurkennd mannréttindi og er mikilvægi fjölskyldunnar og nauðsyn þess að vernda hana fest í lög er snúa að mannréttindum. „Fjölskyldan er grundvallareining samfélagsins og ber að veita henni nauðsynlega vernd“<sup>[1]</sup>, segir í inngangsorðum samnings sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sem fullgiltur var hér á landi

árið 1992, en festur í lög með lögum nr. 19/2013 (barnasáttmálinn eða bs.). Friðhelgi fjölskyldunnar er einnig viðurkennd og lögfest í 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994 (mannréttindasáttmálinn eða mse) og 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (stjórnarskráin eða stjskr.), sem undirstrikar mikilvægi þessarar einingar. Friðhelgin tekur til fjölskyldu í víðtækum skilningi og takmarkast ekki við að fjölskyldan búi saman á heimili.<sup>[2]</sup> Þá tekur friðhelgi fjölskyldu til tengsla foreldris og barns, og verndar ekki aðeins fjölskyldulíf sem þegar hefur komist á heldur einnig það samband sem hugsanlega gæti þróast á milli kynforeldris og barns.<sup>[3]</sup> Í því felst að réttur fjölskyldunnar, m.a. til að vera saman, fara með forsjá og annast uppeldi barna sinna, er tryggður.<sup>[4]</sup> Ákvæði um friðhelgi fjölskyldunnar tryggja almennt rétt foreldra til að annast uppeldi barna sinna og rétt barna til að njóta fjölskyldu sinnar án afskipta stjórnvalda.<sup>[5]</sup> Til að skerða rétt manna til að njóta fjölskyldulífs þarf því skýrar lagaheimildir og brýna nauðsyn, sbr. 3. mgr. 71. gr. stjskr. og 2. mgr. 8. gr. mse.

### *Réttindi barna til að þekkja báða foreldra sína*

Réttindi barna til að þekkja báða foreldra sína og njóta umönnunar þeirra og vera ekki skilin frá fjölskyldu sinni eru nátengd friðhelgi fjölskyldunnar og er þessi réttur barna lögfestur í 1. mgr. 1. gr. a barnalaga nr. 76/2003 (barnalögin eða bl.) og í 1. mgr. 7. gr. barnasáttmálans. Réttur þessi er mjög mikilvægur því að börn eiga rétt á að þekkja uppruna sinn og njóta umönnunar foreldra sinna og þau eiga einnig rétt á að vera í forsjá foreldra sinna, annars eða beggja, uns þau verða sjálfráða, sbr. 1. mgr. 28. gr. bl. Þá hefur mannréttindadómstóll Evrópu talið að fjölskyldutengsl í skilningi barnasáttmálans nái einnig til sambands barns og föður þó að hann hafi aldrei farið með forsjá þess, enda liggja fyrir að hann hafi haft samskipti við eða afskipti af barninu, sbr. dóm mannréttindadómstóls Evrópu frá 1. júní 2004 í máli nr. 45582/99 (L gegn Hollandi).<sup>[6]</sup> Þá er litið svo á að börn þurfi jafn mikið á báðum foreldrum sínum að halda og að enginn geti komið í stað foreldranna, jafnvel þó að annað eða bæði myndu falla frá og að þríhyrningurinn faðir, móðir og barn sé eitt sterkasta samband sem til er.<sup>[7]</sup>

### *Vernd fjölskyldunnar*

Barnasáttmálinn leggur áherslu á að fjölskyldan sé grundvallareining samfélagsins og það sé meginregla að foreldrar beri sameiginlega ábyrgð á að ala upp barn og koma því til þroska.

Barnasáttmálinn leggur jafnframt þá skyldu á herðar aðildarríkjum að veita fjölskyldum nauðsynlega vernd og aðstoð og gera það sem í þeirra valdi stendur til að veita foreldrum og lögráðamönnum viðeigandi aðstoð til að rækja uppeldisskyldur sínar, sbr. 18. gr. bs. Í barnasáttmálanum er því mikið lagt upp úr því að foreldrar beri ábyrgð á uppeldi barna sinna og skyldu aðildarríkja til að veita þeim viðeigandi stuðning til að sinna því hlutverki. Lögð er rík áhersla á að tryggja að börn verði ekki skilin frá fjölskyldu sinni nema slíkt teljist nauðsynlegt. Það er einnig mikilvægur þáttur í friðhelgi fjölskyldulífs að fjölskyldu sé ekki stíað í sundur gegn vilja fjölskyldumeðlima.[8] Skylda aðildarríkja barnasáttmálans felst því í að tryggja að barn sé ekki tekið úr umsjá foreldra sinna gegn vilja þeirra. Það skal aðeins gert ef nauðsyn þykir með tilliti til hagsmuna barnsins samkvæmt viðeigandi lögum og reglum. Slík ákvörðun stjórnvalda skal vera háð endurskoðun dómstóla, skv. 1. mgr. 9. gr. sáttmálans. Af þessu má leiða að ekkert barn skuli tekið úr umsjá foreldra sinna gegn vilja þeirra nema vægari úrræði dugi ekki til að tryggja hagsmuni barnsins.

Ef nauðsyn ber til, og ekki er unnt að tryggja velferð barns með stuðningi við fjölskyldu, er unnt að vista barn tímabundið eða varanlegt hjá öðrum en fjölskyldu. Þrátt fyrir að svo sé komið að foreldrar séu ekki hæfir til þess að tryggja velferð barns og nauðsynlegt sé að taka það úr umsjá foreldra sinna á barnið rétt á að viðhalda fjölskyldutengslum sínum, sbr. 1. mgr. 8. gr. bs. Barn sem hefur verið aðskilið frá foreldrum sínum hefur rétt til að halda persónulegum tengslum og beinu reglubundnu sambandi við báða foreldra sína nema það teljist andstætt hagsmunum þess, sbr. 3. mgr. 9. gr. bs. Samkvæmt því á barn rétt til umgengni við foreldra sína ef það telst ekki andstætt hagsmunum þess og á það ekki að hafa áhrif hvort barn býr aðeins hjá öðru foreldri eða hvorugu þeirra.

### *Ákvæði barnaverndarlaga*

Barnaverndarlögin nr. 80/2002 (barnaverndarlögin eða bvl.) eru sett með hliðsjón af ákvæðum barnasáttmálans og sést það berlega á markmiðum barnaverndarlaga. Þar er meðal annars fjallað um rétt barna til verndar og umönnunar og skyldu foreldra til að búa börnum sínum viðunandi uppeldisaðstæður og gæta velfarnaðar þeirra í hvívetna, sbr. 1. gr. laganna, skyldu til að tryggja að börn, sem búa við óviðunandi aðstæður eða stofna heilsu sinni og þroska í hættu, fái nauðsynlega aðstoð og að leitast skuli við að ná markmiðum laganna með því að styrkja fjölskyldur í uppeldishlutverki sínu, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna. Skyldan til að styðja við og styrkja foreldra til að gegna forsjáarskyldum sínum er einnig

lögfest í 2. msl. 1. mgr. 2. gr. bvl. í samræmi við 18. gr. barnasáttmálans.

Í meginreglum barnaverndarstarfs kemur einnig fram það sjónarmið að barnaverndarstarf skuli stuðla að stöðugleika í uppvexti barns, sbr. 3. mgr. 4. gr. bvl. Leitast skuli við að styðja og styrkja fjölskylduna með þeim úrræðum sem lögin mæla fyrir um og að ávallt skuli hafa að leiðarljósi að sem minnst röskun verði á högum barnsins og að ekki skuli beita íþyngjandi úrræðum nema önnur vægari úrræði komi ekki að gagni, sbr. 7. mgr. 4. gr. bvl. og athugasemdum sem fylgdu frumvarpi að lögunum. Í athugasemdunum kemur einnig fram að barnaverndaryfirvöld skuli virða réttindi foreldra og annarra sem eru ábyrgir fyrir barni og leitast skuli við að finna úrræði sem henta í samráði við þá og með samþykki þeirra, áður en lengra er gengið. Þetta samræmist grundvallarreglunni um friðhelgi fjölskyldunnar skv. 1. mgr. 71. gr. stjkskr., 8. gr. mse og barnasáttmálanum. Það skal því í lengstu lög leitast við að styðja og styrkja foreldra í hlutverki sínu og vinna að því að leysa úr fyrirbyggjandi vanda í samráði við fjölskylduna áður en gripið er til íþyngjandi úrræða gegn vilja fjölskyldunnar. Almenna sjónarmiðið er að hagsmunir barna séu alla jafna best tryggðir með því að þau alist upp hjá eigin fjölskyldu og að stöðugleiki ríki í uppvexti þeirra.<sup>[9]</sup>

## Forsjá og staða forsjárlauss foreldris

Forsjá er lykilhugtak varðandi réttindi foreldra og barna. Hutakið er tvíþætt og felur í sér annars vegar rétt og skyldu forsjáraðila til að annast uppeldi og umönnun barns og hins vegar rétt og skyldu til að taka ákvarðanir í lífi barnsins. Forsjá leggur í raun grunn að réttarstöðu foreldris og er því grundvallarmunur á réttarstöðu forsjárforeldris og forsjárlauss foreldris. Forsjárlaust foreldri á þó tiltekin réttindi og ber skyldur gagnvart barni sínu samkvæmt barnalögum. Foreldri á t.d. rétt á umgengni við barn og að fá upplýsingar um barn og ber skylda til að framfæra barn sitt hvort sem það fer með forsjá þess eða ekki.<sup>[10]</sup> Forsjárskipan getur byggst á lögum, samkomulagi eða dómi um skipan forsjár, sbr. V. og VI. kafla barnalaga.

### *Forsjá við fæðingu barns*

Við fæðingu barns fara foreldrar sameiginlega með forsjá þess ef þeir eru í hjúskap eða skráðri sambúð, sbr. 1. mgr. 29. gr. bl. Ef foreldrar barnsins eru hins vegar ekki í hjúskap eða skráðri sambúð fer það foreldri sem ól barnið, sjálfkrafa eitt með forsjá þess, sbr. 2.

mgr. 29. gr. bl., og fer þar af leiðandi eitt með ákvörðunarvaldið hvað varðar barnið. Foreldrar geta þó samið um að fara sameiginlega með forsjá barnsins, sbr. 1. mgr. 32. gr. bl. Ef ágreiningur rís um forsjá barns geta dómstólar ákvarðað hvernig forsjá skuli háttáð samkvæmt ákvæðum barnalaga. Foreldrar geta því breytt forsjárskipan með samkomulagi eða með því að bera ágreining um forsjá undir dómstóla.

### *Forsjá við andlát forsjáforeldris*

Ef forsjáforeldri fellur frá verður óhjákvæmilega breyting á forsjá barns. Ef foreldrar fara sameiginlega með forsjá og annað foreldrið fellur frá þá fellur forsjáin til eftirlifandi forsjáforeldris, hvort sem það foreldri er kynforeldri eða stjúpfareldri, sbr. 1. og 2. mgr. 30. gr. bl. Ef forsjáforeldri, sem hefur farið eitt með forsjá barns, fellur frá fellur forsjá barnsins til hins foreldrisins, sbr. 3. mgr. 30. gr. bl., nema forsjáforeldri hafi skilið eftir sig formlega yfirlýsingu, staðfesta af sýslumanni eða héraðsdóms- eða hæstaréttarlögmanni, um hver skuli að því látnu fara með forsjá barnsins, sbr. 6. mgr. 30. gr. bl. Ef slík yfirlýsing er fyrir hendi skal eftir henni farið svo lengi sem hún er ekki andstæð lögum eða annað þyki barninu fyrir bestu. Forsjáin fellur ekki sjálfkrafa til þess eða þeirra aðila sem forsjáforeldri tilnefndi í yfirlýsingunni, eins og ætla mætti af orðanna hljóðan, heldur er það háð samkomulagi hins forsjarlausa foreldris og þess eða þeirra aðila sem forsjáforeldri tilnefndi. Að öðrum kosti er það ákvörðun dómstóla hvort forsjarlausa foreldrið skuli taka við forsjá barnsins eða sá eða þeir sem forsjáforeldrið tilnefndi í yfirlýsingu sinni.<sup>[11]</sup> Það þarf því samþykki forsjarlausa foreldrisins eða dómstóla til að sá eða þeir aðilar sem forsjáforeldri tilnefndi fái forsjá yfir viðkomandi barni. Ef barn verður forsjarlaust við andlát forsjáforeldris/forsjarforeldra fellur forsjá barnsins til barnaverndarþjónustu.

### *Forsjá við afsal eða sviptingu forsjár*

Ef foreldri, sem fer eitt með forsjá barns, afsalar sér forsjá eða umsjá þess skal kanna grundvöll þess að ráðstafa barninu til hins foreldrisins, sbr. 1. mgr. 67. gr. a bvl. Það sama á við ef forsjáforeldri er svipt forsjá eða kveðinn er upp úrskurður um tímabundna vistun barns utan heimilis. Ákvæði 1. og 3. mgr. 67. gr. a bvl. byggjast á því að á milli foreldris og barns séu tengsl sem hafi þýðingu að lögum, þó svo að foreldri fari ekki með forsjá barnsins, sbr. ákvæði barnalaga um umgengnisrétt og framfærsluskyldur forsjarlauss foreldris.<sup>[12]</sup> Það er því sjónarmið löggjafans að ef forsjáforeldri er ekki fært um að fara með forsjá barns sé

réttast að hitt foreldrið taki við forsjá þess ef það þjónar hagsmunum barnsins. Þetta er í anda áðurgreindra ákvæða um friðhelgi fjölskyldunnar og rétt barna skv. barnasáttmálanum til að þekkja uppruna sinn og njóta umönnunar foreldra sinna og vera ekki aðskilið frá fjölskyldu sinni.

### *Staða forsjárlausra foreldra samkvæmt barnaverndarlögum*

Í barnaverndarlögum er ekki fjallað um forsjárforeldra og forsjárlausa foreldra heldur aðeins foreldra. Í 3. mgr. 3. gr. bvl. segir að með foreldrum í lögunum sé átt við foreldra skv. 1. kafla barnalaga, en einnig að jafnaði þá sem fara með forsjá barns. Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi að lögunum er þó tekið fram að í þeim tilvikum, sem gert er ráð fyrir víðtækri samvinnu við foreldra um beitingu úrræða og heimildum til beitingar þvingunarúrræða gegn foreldrum, sé eingöngu átt við foreldra sem fara með forsjá barna sinna.<sup>[13]</sup> Það er því grundvallarmunur á stöðu forsjárforeldra og forsjárlausra foreldra í barnaverndarmálum. Þar sem ekki er gert ráð fyrir aðild eða aðkomu forsjárlausra foreldra að málum barna þeirra hjá barnavernd. Að öðru leyti en því að það ber að kanna möguleikann á að vista barnið hjá forsjárlausa foreldrinu ef forsjársvipta þarf forsjárforeldri eða vista barn utan heimilis þess.

### **Um gengni**

Réttur til fjölskyldulífs felur meðal annars í sér rétt foreldra og barna til að njóta samvista. Barn á rétt á að umgangast reglulega foreldri sem það á ekki lögheimili hjá, svo lengi sem það er ekki andstætt hagsmunum þess. Með umgengni er átt við samveru og önnur samskipti. Réttur þessi byggist á því sjónarmiði að það komi barni að jafnaði best að rækja og viðhalda tengslum við foreldri sem það hefur ekki lögheimili hjá. Réttur þessi er einnig nátengdur rétti barns til að þekkja báða foreldra sína.

### *Umgengni samkvæmt barnalögum*

Réttur barns til umgengni við foreldri sem það hefur ekki lögheimili hjá er lögfestur í 1. mgr. 46. gr. barnalaga. Ákvæðið fjallar jafnframt um skyldu foreldra til að tryggja að þessi réttur barnsins sé virtur. 2. mgr. greinarinnar fjallar svo um rétt og skyldu foreldris sem barn hefur ekki lögheimili hjá til að rækja umgengni við barn sitt og skyldu foreldris sem barn er

með lögheimili hjá til að stuðla að umgengni, svo fremi umgengnin sé ekki andstæð hag og þörfum barns að mati dómara eða lögmæts stjórnvalds. Réttur barns til umgengni við foreldri eða foreldra er því mjög sterkur og mikið þarf til að koma í veg fyrir umgengni barns við foreldra. Það er því aðeins á valdsviði dómara og lögmætra stjórnvalda að ákvarða að umgengni sé andstæð hag og þörfum barns. Mat foreldris eða annarra dugir ekki til. Þessi mikilvægi réttur er einnig varinn af 3. mgr. 9. gr. barnasáttmálans en skv. ákvæðinu ber aðildarríkjum að virða rétt barns sem hefur verið aðskilið frá foreldri eða foreldrum sínum til að halda persónulegum tengslum og reglubundnu beinu sambandi við hvort tveggja, enda sé það ekki andstætt hagsmunum þess.

Inntak umgengni er ekki bundið í lög en gert er ráð fyrir að foreldrar ákveði hvernig umgengni skuli háttáð eins og hentar barninu best.<sup>[14]</sup> Almennar reglur um umgengni hafa ekki verið settar í ljósi þess að þarfir og aðstæður barna eru mismunandi. Talið er betra að tekin sé ákvörðun um umgengni með hliðsjón af hag og þörfum hvers barns fyrir sig hverju sinni. Ákveðnar verklagsreglur hafa þó mótast við meðferð umgengnismála. Almennt er t.d. miðað við að lágmarks Umgengni sé umgengni aðra hverja helgi ef búseta foreldra er með þeim hætti að það þjóni hagsmunum barns, auk umgengni um jól, áramót, páska og í sumarfríum. Ef foreldri, sem barn á lögheimili hjá, heldur því fram að hagsmunir og þarfir barns krefjist þess að umgengni verði minnkuð er almennt gerð sú krafa að foreldrið færi fram viðhlítandi rök til stuðnings máli sínu og sýni fram á sérstakar aðstæður sem réttlæti skerta umgengni.<sup>[15]</sup> Umgengni getur þó einnig verið mun ríkari þegar sérstaklega stendur á. Heimilt er að ákvarða umgengni í allt að 7 daga af hverjum 14, sbr. 3. mgr. 47. gr. bl. Rétturinn til umgengni er því mjög ríkur samkvæmt barnalögum. Komi foreldrar sér ekki saman um umgengni úrskurðar sýslumaður, sbr. 47. gr. bl. Almennt er lögð áhersla á rúman umgengnisrétt. Þegar þess þarf er umgengnisréttur takmarkaður eða jafnvel enginn. Ef umgengni þjónar ekki hagsmunum barns eða er barni beinlínis skaðleg þá skal umgengni taka mið af því, enda ber skv. 3. mgr. 76. gr. stjkskr. að tryggja börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst.

### *Umgengni samkvæmt barnaverndarlögum*

Ákvæði um umgengnisrétt barna í fóstri við foreldra og aðra nákomna voru fyrst lögfest árið 1992. Þá þótti brýn nauðsyn að lögfesta slíkan rétt til að viðhalda tengslum barns og kynforeldra því að með umgengni væri komið í veg fyrir að klippt væri á samband barns við

kynforeldra. Þessi tengsl gætu verið mikilvæg þroska barns þrátt fyrir að vista hefði þurft barnið utan heimilis. Meginreglan væri því sú að barn í fóstri hefði umgengni við kynforeldra sína, nema slíkt væri andstætt þörfum og hagsmunum barnsins.<sup>[16]</sup> Þegar barn er vistað í fóstri nýtur það áfram réttar til umgengni við foreldra sína eða aðra sem eru því nákomnir, ef það er ekki andstætt hagsmunum þess, skv. 1. mgr. 70. gr. bvl. Það á þó ekki við ef umgengni er talin ósamrýmanleg þeim markmiðum sem stefnt er að með ráðstöfun barns í fóstur, sbr. 2. mgr. 74. gr. bvl. Um umgengni á grundvelli barnaverndarlaga er fjallað í 74. gr. laganna og inniheldur greinin, líkt og 46. og 46. gr. a bl., ákvæði um rétt barns til umgengni við foreldra og aðra sem eru því nákomnir. Við ráðstöfun barns í fóstur skal tekin ákvörðun um umgengni þess við foreldra og aðra sem eru því nákomnir og skal ávallt taka mið af því sem þjónar hagsmunum barnsins best, sbr. 3. mgr. 74. gr. bvl. Barnaverndarþjónustu ber því að gera samning við fósturforeldra um umgengni barns við foreldra eða aðra nákomna við ráðstöfun þess í fóstur, sbr. e lið 1. mgr. 68. gr. bvl. Ef ekki næst samkomulag um fyrirkomulag umgengninnar hefur Umdæmisráð barnaverndar úrskurðarvald um rétt til umgengni, umfang umgengnisréttarins og/eða framkvæmd umgengninnar. Ráðið getur einnig úrskurðað um að foreldri eða aðrir njóti ekki umgengnisréttar ef sérstök atvik valda því að umgengni barns við foreldra sé andstæð hag þess, sbr. 4. mgr. 74. gr. bvl. Það sama á við um rétt barns sem vistað er á heimili eða stofnun, skv. 79. gr. bvl., til umgengni við foreldra eða aðra nákomna.

Í barnaverndarlögum og athugasemdum með frumvarpi að lögunum er ekki að finna umfjöllun um inntak umgengni eða þær viðmiðunarreglur sem mótast hafa líkt og er að finna í athugasemdum með frumvarpi að barnalögum. Í framkvæmd er umgengni sem ákvörðuð er á grundvelli barnaverndarlaga almennt mun minni en umgengni sem ákvörðuð er á grundvelli barnalaga. Það er ekki óeðlilegt að foreldri sem hefur misst umsjá eða forsjá barns síns sökum vanhæfni fái takmarkaða umgengni við barn sitt. Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi sem varð að lögum nr. 80 frá 21. júní 2011 um breytingu á barnaverndarlögum nr. 80/2002 kemur fram að mál um umgengni eftir að foreldri hefur misst forsjá barns á grundvelli barnaverndarlaga séu í grundvallaratriðum ólík málum um umgengni sem rekin eru skv. ákvæðum barnalaga.<sup>[17]</sup> Af þessu má gagnálykta að umgengni barns við foreldri sem ekki hefur verið svipt forsjá skuli vera lík umgengni samkvæmt barnalögum.

Erfitt er að átta sig á hvernig umgengni er almennt ákvörðuð í barnaverndarmálum, þar sem



úrskurðir eru ekki aðgengilegir. Það eru þó nokkur dæmi þess að foreldrar hafi leitað til umboðsmanns Alþingis eða dómstóla vegna slíkra ákvarðana og af þeim dæmum má sjá að umgengni er ákvörðuð mun takmarkaðri en svokölluð lágmarksumgengni samkvæmt barnalögum. Þá eru dæmi þess að barnaverndaryfirvöld hafa takmarkað umgengnisrétt barns og foreldris án réttmætrar ástæðu. Í álit umboðsmanns Alþingis, frá 3. maí 1989, leitaði faðir, sem hafði samþykkt að barn hans væri vistað í varanlegu fóstri, til umboðsmanns vegna óhæfilegrar skerðingar á umgengnisrétti hans og barnsins. Hann og barn hans fengu aðeins umgengni fjórum sinnum á ári í fjórar klukkustundir í senn undir eftirliti barnaverndar, skv. ákvörðun barnaverndarráðs Íslands (nú úrskurðarnefnd velferðarmála). Niðurstaða umboðsmanns var að ekkert hefði komið fram sem gæti réttlætt svo stórfellda skerðingu á umgengni og að það sjónarmið að barnið hefði „ekki þörf fyrir að hitta kynföður sinn oft en fjórum sinnum á ári“ væri ólöglegt og gæti ekki réttlætt svo takmarkaða umgengni. Niðurstaða umboðsmanns byggði á því að barnalög mæltu fyrir um gagnkvæman umgengnisrétt foreldra og barna, sem nyti jafnframt sérstakrar verndar skv. 8. gr. mse. Umboðsmaður beindi þeim tilmælum til barnaverndarráðs að taka nýja ákvörðun um umgengnisrétt föður og barns. Því var hafnað af barnaverndarráði og bent á að unnt væri að láta reyna á ákvörðun ráðsins fyrir dómstólum.[18] Þetta mál er þó ekki einsdæmi, sbr. álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 661/1992 og niðurstaða Hæstaréttar í máli nr. 511/1998 svo eitthvað sé nefnt. Í máli Hæstaréttar nr. 511/1998 var úrskurður barnaverndaryfirvalda um inntak umgengnisréttar móður og barns felldur úr gildi. Þar sem ekki hafði verið sýnt fram á nauðsyn þess að takmarka hann svo mjög sem gert hafði verið. Móðir hafði þar aðeins fengið umgengni í eina og hálf klukkustund á ári, sem ekki þótti réttmætt.[19]

### *Réttur til umgengni*

Réttur barns til umgengni við foreldra sína er tryggður með lögum, s.s. barnalögum, barnaverndarlögum, barnasáttmálanum og mannréttindasáttmála Evrópu. Sjónarmið barnaverndaryfirvalda virðast þó vera önnur hvað varðar inntak umgengni og lágmarksumgengni þegar börn eru vistuð í fóstri en þegar um er að ræða umgengni skv. barnalögum, sbr. ákvörðun barnaverndarráðs Íslands og afstaða þess í kjölfar tilmæla umboðsmanns Alþingis í máli nr. 66/1988. Það kemur þó hvergi fram í lögum, hvorki barnalögum né barnaverndarlögum, að réttur barna og foreldra til umgengni sé annar eða minni ef barn er vistað í fóstri, að öðru leyti en því að unnt er að takmarka eða hafna umgengni skv. barnaverndarlögum, ef

hún telst ekki samrýmast þeim markmiðum sem stefnt er að með ráðstöfun barns í fóstur. Samkvæmt lögum og lögskýringargögnum er þó grundvallarmunur á inntaki umgengni barns við foreldra eftir því hvort þeir hafa misst forsjá barns á grundvelli barnaverndarlaga eða eru forsjárlausir af öðrum orsökum.

Eðlilegt getur verið að takmarka umgengni barns við foreldra sem hefur þurft að svipta umsjá barns af þeim ástæðum að það sé andstætt hag og þörfum barnsins að vera í þeirra umsjá. Þar af leiðandi getur það einnig verið andstætt hagsmunum barnsins að umgangast foreldra sína eða nauðsyn staðið til þess að takmarka umgengni til lengri eða skemmri tíma vegna hagsmuna barns. Að öðru leyti ætti barn í fóstur að geta notið jafn mikillar umgengni við foreldra sína rétt eins og barn sem býr hjá öðru foreldri sínu. Réttur barns til umgengni við foreldri eða foreldra ætti að vera sá sami hvort sem barn er vistað í fóstur eða býr hjá öðru foreldrinu, sbr. álit umboðsmanns barna á umgengni barns í varanlegu fóstur við foreldri, dags. 25. mars 2014. Í álitinu kemur fram að umgengni barns við foreldri verði að vera regluleg svo að barn nái að viðhalda þeim tengslum sem þegar hafa myndast eða til að tengsl nái að myndast og sá réttur verði að vera tryggður öllum börnum án mismununar, sbr. 2. gr. barnasáttmálans og 65. gr. stjórnarskrárinnar. Í því felist þó ekki að öll börn eigi að umgangast foreldra sína jafn mikið heldur að miða þurfi umgengni við það sem sé barni fyrir bestu hverju sinni, sbr. 3 gr. bs. og 2. mgr. 1. gr. bl. Þá væri óheimilt að mismuna börnum eftir stöðu þeirra eða foreldra þeirra og því teldi umboðsmaður barna ekki rétt að skerða eða takmarka umgengni barns við foreldri af þeirri ástæðu einni að barni væri ráðstafað í fóstur. Réttur barns til umgengni væri sá sami óháð því hvort barn byggi hjá öðru foreldrinu eða fósturforeldrum.[20]

### **Málsmeðferð stjórnvalda**

Um málsmeðferð stjórnvalda gilda ákveðnar málsmeðferðarreglur, þ.e. reglur um það hvernig meðferð mála hjá stjórnvöldum skuli háttað. Með stjórnvaldi er átt við handhafa framkvæmdarvalds á vegum ríkis og sveitarfélaga.[21] Málsmeðferðarreglur stjórnvalda er að finna í stjórnsýslulögum nr. 37/1993 (stjórnsýslulög eða ssl.), sem er ætlað að tryggja borgurunum réttaröryggi í samskiptum við hið opinbera og auka skilvirkni í störfum stjórnvalda. Lögin innihalda því þær reglur sem stjórnvöldum er óheimilt að víkja frá við meðferð mála sem falla undir lögin.[22] Í barnaverndarlögum er einnig að finna málsmeðferðarreglur sem koma til fyllingar eða viðbótar við málsmeðferðarreglur stjórnsýslulaga. Í þessari grein

verður aðeins fjallað um þær málsmeðferðarreglur sem helst reynir á í tengslum við umfjöllunarefnið.

Við upphaf máls er mikilvægt að afmarka aðild máls, en sá aðili sem stjórnvaldsákvörðun beinist að telst aðili máls og nýtur þá þeirra réttinda sem stjórnslulögin veita við meðferð málsins.<sup>[23]</sup> Vafamál getur verið hvort einstaklingur/lögaðili teljist aðili máls eður ei, en skilgreining á því hver sé aðili máls eða hvaða skilyrði eru sett fyrir aðild koma hvorki fram í stjórnslulögum né barnaverndarlögum. Við slíkar aðstæður þarf að fara fram heildstætt mat á því hvort viðkomandi eigi beina, verulega, sérstaka og lögvarinna hagsmuna að gæta.<sup>[24]</sup> Lögskýringargögn gefa það til kynna að aðildarhugtak í stjórnslumálum beri að skýra rúmt þannig að ekki sé einungis átt við þá sem eiga beina aðild að máli heldur einnig þá sem hafa óbeinna hagsmuna að gæta og að líta beri til hvers tilviks fyrir sig. Almennt er sá talinn aðili að máli sem á einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta.<sup>[25]</sup> Umboðsmaður Alþingis komst til að mynda að þeirri niðurstöðu í máli nr. 3609/2002 að nákomnir ættingjar sem hefðu lagt fram formlega umsókn um að taka barn í fóstur teldust hafa einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta í því stjórnslumáli sem lyki með fósturráðstöfun og skyldu þar af leiðandi njóta aðildar að málinu.<sup>[26]</sup>

Þegar aðild máls hefur verið afmörkuð er mikilvægt að stjórnvöld veiti þeim sem aðild eiga að máli rétt til þátttöku við undirbúning þess áður en stjórnvald tekur ákvörðun. Mikilvægt er að skilgreina aðildina svo að ljóst sé hverjir hafi andmælarétt. Í andmælarétti, sbr. 13. gr. ssl., felst möguleiki aðila til að kynna sér gögn máls og koma að frekari upplýsingum um málsatvik og hafa þannig áhrif á meðferð og úrlausn málsins og verja hagsmuni sína. Þá ber stjórnvaldi að veita aðilum nauðsynlega aðstoð og leiðbeiningar, sbr. 7. gr. ssl., og afla nauðsynlegra upplýsinga um málsatvik. Mikilvægt er að mál sé nægilega rannsakað áður en ákvörðun er tekin, sbr. 10. gr. ssl. Því verður að afla þeirra upplýsinga sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega ákvörðun í málinu.<sup>[27]</sup> Þá skal aðeins taka íþyngjandi ákvörðun sé ekki völ á vægara úrræði sem þjónar settu markmiði og skal þess gætt að ekki sé farið strangara í sakirnar en nauðsyn ber til heldur gæta meðalhófs, sbr. 12. gr. ssl.<sup>[28]</sup>

Þegar mál hefur verið fullrannsakað og aðila þess veittur möguleiki á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri er tekin formleg og rökstudd ákvörðun sem skal kynna aðilum máls og leiðbeina þeim um þau úrræði og kærueimildir sem standa til boða til að fá ákvörðun

stjórnvalds endurskoðaða. Ákvarðanir stjórnvalda eru almennt kærarlegar til æðra stjórnvalds, sbr. 26. gr. ssl., þ.e. til ráðherra eða sjálfstæðra úrskurðaraðila eftir því sem við á. Æðri stjórnvöld hafa ríkar heimildir til þess að fella úr gildi niðurstöðu lægra setts stjórnvalds, breyta henni eða taka nýja ákvörðun.<sup>[29]</sup> Það leiðir almennt til ógildingar stjórnvaldsákvörðunar ef stjórnvald fylgir ekki málsmeðferðarreglum. Þessu er þó ólíkt farið þegar um er að ræða barnaverndarmál því að það er viðurkennt sjónarmið að þau mál séu svo sérstaks eðlis að ágallar á málsmeðferð séu alla jafna ekki nægileg ástæða ógildingar ákvörðunar. Í barnaverndarmálum þarf fyrst og fremst að líta til hagsmuna þess barns sem um ræðir og getur það orðið til þess að ákvörðun stjórnvalda verði staðfest þrátt fyrir alvarlega annmarka á málsmeðferð, sbr. Hrd. 172/2003 og Hrd. 511/1998.<sup>[30]</sup>

Ef aðili er ósáttur við stjórnvaldsákvörðun getur hann kvartað til viðeigandi eftirlitsstofnana, s.s. Gæða- og eftirlitsstofnunar velferðarmála (áður Barnaverndarstofu), sbr. 8. gr. bvl. og lög nr. 88/2021 um Gæða- og eftirlitsstofnun velferðarmála eða til umboðsmanns Alþingis sem fer með eftirlit með stjórnarsýslu ríkis og sveitarfélaga og tryggir rétt borgaranna gagnvart stjórnvöldum, sbr. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 85/1997 um umboðsmann Alþingis. Aðili getur jafnframt leitað til dómstóla með vísan til 60. gr. og 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar. Allir eiga rétt á að fá úrskurð um réttindi sín og skyldur fyrir sjálfstæðum dómstólum og dómstólar fara með eftirlit með framkvæmdarvaldinu og skera úr ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda. Endanlegt ákvörðunarvald er því að meginreglu í höndum dómstóla þó að stjórnvöld afgreiði mál á fyrri stigum. Dómstólum eru þó settar ákveðnar skorður en þeir geta ógilt ákvarðanir framkvæmdarvaldshafa ef þeim er áfátt að formi eða efni, en vegna valdmarka dómvalds og framkvæmdarvalds skv. 2. gr. stjkskr. geta dómstólar almennt ekki tekið nýjar og efnislegar ákvarðanir um málefni sem lögum samkvæmt eru á hendi handhafa framkvæmdarvalds í stað stjórnvaldsákvörðana sem ógiltar kunna að verða með dómi.<sup>[31]</sup>

## Mál forsjarlauss föður (A)

A eignaðist sitt fyrsta barn en fór ekki með forsjá barnsins þar sem hann var ekki í sambúð eða hjúskap með barnsmóður sinni og fór hún því ein með forsjá barnsins skv. 2. mgr. 29. gr. bl. Þegar barnið var fjögurra vikna afsalaði móðir forsjá barnsins til barnaverndarnefndar (nú barnaverndarþjónustu). Barnavernd leitaði afstöðu A sem kynföður barnsins, sem óskaði eftir því að taka barnið að sér.

Barnavernd kannaði aðstæður A með því að funda með honum ásamt móður hans, og afla upplýsinga um A frá lögreglu. Barnavernd aflaði ekki frekari gagna eða upplýsinga til að kanna grundvöll þess að ráðstafa barninu til A.[32] Málið var lagt fyrir teymisfund barnaverndar, sem taldi það samræmdist best hagsmunum barnsins að fela tilteknum fósturforeldrum umsjá þess. Þar sem aðstæður þeirra væru að öllu leyti mun betri en A sem ekki hefði verið í aðstöðu til þess að mynda tengsl við barnið og færi ekki með forsjá þess. Gerður var samningur við fósturforeldra um varanlegt fóstur barnsins og hann svo lagður fyrir fund barnaverndarnefndar (nú Umdæmisráð barnaverndar) til staðfestingar.

A fór fyrir fund nefndarinnar og krafðist þess að ákvörðun um varanlegt fóstur yrði ógild og honum falin forsjá barnsins, en til vara að hann fengi ríflega umgengni við barnið. Þá krafðist A þess að barnaverndarnefnd svaraði og rökstyddi skriflega hvers vegna gengið hefði verið fram hjá föður sem mögulegum umsjáraðila barnsins, hvort farið hefði fram mat á hæfi föður til að fara með umsjá barnsins og hvers vegna strax hefði verið gerður varanlegur fóstursamningur við óskylda aðila, en ekki reynt að vista barnið tímabundið hjá föður þess. Barnaverndarnefnd staðfesti fóstursamninginn þar sem ákvörðun um varanlegt fóstur hefði verið tekin með lögformlegum hætti og úrskurðaði um að A fengi umgengni við barnið þrisvar sinnum á ári í tvo tíma í senn.[33]

A kærði niðurstöðu barnaverndarnefndar til kærunefndar barnaverndarmála (nú úrskurðarnefnd velferðarmála) sem staðfesti úrskurð nefndarinnar. A sendi þá kvörtun til Barnaverndarstofu (nú Barna- og fjölskyldustofu). Í kvörtuninni voru gerðar athugasemdir við málsmeðferðina og jafnframt lagðar fram ýmsar spurningar í tengslum við verkferla og úrlausnir mála sem þessa. Barnaverndarstofa fór yfir vinnslu barnaverndarnefndar á máli barnsins og gerði athugasemdir við það að málsmeðferðarreglur hefðu ekki verið virtar þegar ákvörðun var tekin um umgengni föður við barnið. Í fyrsta lagi var gerð athugasemd við að barnaverndarnefnd hefði ekki átt frumkvæði að því að ná samkomulagi við föður um umgengni strax við ráðstöfun barnsins utan heimilis líkt og nefndinni bar lögum samkvæmt; í öðru lagi var gerð athugasemd við að nefndin hefði ekki tekið ákvörðun um umgengni föður við barnið fyrr en fimm mánuðum eftir að barnið var vistað utan heimilis, sem stangast á við málshraðareglu barnaverndarlaga; í þriðja lagi var gerð athugasemd við að föðurömmu barnsins hefði verið synjað um að gera kröfu um umgengni við barnið þvert á lagaákvæði þar um; í fjórða lagi var gerð athugasemd við að faðir hefði ekki verið upplýstur um dvalarstað barnsins. Að öðru leyti taldi Barnaverndarstofa vinnslu málsins almennt vera í

réttum farvegi og fjallaði ekki um aðra hluta kvörtunar A eða svaraði spurningum sem komu fram í kvörtuninni. Barnaverndarstofa tók því í raun aðeins á hluta kvörtunar föður.[34]

A leitaði einnig álits umboðsmanns barna til þess að barni væri ráðstafað í varanlegt fóstur án þess að kannaður væri grundvöllur þess að koma barni fyrir hjá kynforeldri og afstöðu umboðsmanns barna til umgengnisréttar barna í fóstri. Umboðsmaður barna sendi frá sér álit 25. mars 2014 þar sem spurningum A er svarað almennt. Umboðsmaður kveður í áliti sínu að við ákvarðanir sem varða börn skuli ávallt hafa það að leiðarljósi sem er barni fyrir bestu og það eigi einnig við um ákvarðanir um ráðstöfun barns í fóstur. Að sjálfsögðu beri að kanna hvort grundvöllur sé fyrir því að ráðstafa barni til foreldris, sbr. 67. gr. a bvl., og barnaverndarnefnd beri m.a. að meta hæfi kynforeldris. Þá kvað umboðsmaður að óheimilt væri að mismuna börnum eftir stöðu þeirra sjálfra eða foreldra þeirra. Því væri ekki rétt að skerða eða takmarka umgengni barns við foreldri af þeirri ástæðu einni að barni hefði verið ráðstafað í fóstur. Réttur barns til umgengni væri sá sami óháð því hvort barn byggi hjá öðru foreldri eða fósturforeldrum. Ákvörðun um umgengni þyrfti þó ávallt að taka út frá aðstæðum hverju sinni og því sem er barni fyrir bestu. Sömu sjónarmið ættu að liggja til grundvallar þegar umgengni er ákveðin, hvort sem um er að ræða umgengni samkvæmt barnalögum eða barnaverndarlögum. Vissulega gætu aðstæður og þarfir barns verið mismunandi þegar það býr hjá foreldrum annars vegar og hins vegar þegar því hefur verið ráðstafað í fóstur. Þá taldi umboðsmaður að umgengni þrisvar á ári í tvær klukkustundir í senn myndi ekki tryggja rétt barns til reglulegrar umgengni og að ef talið væri nauðsynlegt að takmarka umgengni með þessum hætti vegna hagsmuna barnsins þá þyrfti að rökstyðja það sérstaklega út frá aðstæðum barnsins og hæfni foreldris.[35] Þrátt fyrir þessa niðurstöðu umboðsmanns barna var ekki fallist á beiðni A um ítarlegri umgengni og þar sem ekki hafði verið fallist á kröfu hans um ógildingu á ákvörðun um vistun barnsins í varanlegu fóstri hjá vandalausum leitaði A réttar síns fyrir dómstólum.

A höfðaði mál gegn barnaverndarnefnd þar sem hann krafðist þess að honum yrði falin forsjá barnsins og fór fram á ógildingu á ákvörðun barnaverndarnefndar á vistun þess í varanlegu fóstri til 18 ára aldurs. Þá krafðist hann þess til vara að honum yrði ákvörðuð umgengni við barnið. Barnaverndarnefnd krafðist frávísunar málsins á grundvelli óskýrrar kröfugerðar, vanreifunar og þess að faðir gæti ekki höfðað forsjármál á grundvelli barnalaga þar sem ekki væri um að ræða ágreining foreldra um forsjá, auk þess sem ekki hefði verið gerð krafa um ógildingu gildandi úrskurðar um umgengni og að fósturforeldrar yrðu að eiga

aðild að slíku máli. Málið var flutt varðandi frávísun og var vísað frá dómi með úrskurði héraðsdóms Norðurlands eystra 18. júní 2015. Héraðsdómur vísaði málinu frá þar sem aðalkröfur föður fælu einnig í sér kröfu um að samningur um fóstur barnsins, sem fósturforeldrar barnsins væru aðilar að, yrði felldur úr gildi. Fósturforeldrarnir hefðu því hagsmuna að gæta í málinu og því nauðsynlegt að gefa þeim kost á að verja hagsmuni sína í málinu. Þar af leiðandi væri ekki unnt að leggja dóm á aðalkröfu föður varðandi forsjá. Þá var varakröfu hans varðandi umgengni jafnframt vísað frá dómi þar sem það væri ekki hlutverk dómstóla að kveða á um inntak umgengnisréttar á grundvelli barnaverndarlaga.

A kærði niðurstöðuna til Hæstaréttar sem staðfesti frávísun málsins. Hæstiréttur hafnaði því að fósturforeldrarnir skyldu eiga aðild að máli er varðaði forsjá barnsins eða ógildingu ákvörðunar barnaverndarnefndar um ráðstöfun barnsins í varanlegt fóstur, enda færu þau ekki með forsjá barnsins og hefðu á engan hátt staðið að ákvörðun um vistun þess í varanlegu fóstri. Því væru ekki efni til að þau ættu aðild að máli hvað það varðaði og ekki rök til þess að vísa aðalkröfu föður frá dómi á þeim grundvelli. Hæstiréttur vísaði málinu hins vegar frá á þeim grundvelli að ef fallist væri á kröfur föður um forsjá barnsins og ógildingu á ákvörðun um varanlegt fóstur barnsins stæði eftir sem áður eftir samningur barnaverndarnefndar við fósturforeldra um vistun barnsins í fóstri. Hæstiréttur leit svo á að A hefði ekki hagsmuni af því að fá forsjá barnsins og ákvörðun barnaverndarnefndar um vistun barnsins í varanlegu fóstri ógilta þar sem fóstursamningurinn stæði áfram, þó svo að ákvörðun um vistun barnsins í varanlegu fóstri sem stóð að baki fóstursamningnum yrði ógilt. Þá vísaði Hæstiréttur jafnframt til þess að A hefði ekki gert viðhlítandi grein fyrir hæfni sinni til að fara með forsjá barnsins og staðfesti því frávísun málsins. Frávísun á varakröfu A var svo staðfest með vísan til forsendna.[36]

A höfðaði nýtt mál gegn barnaverndarnefnd og krafðist forsjár barnsins, ógildingar á vistun þess og jafnframt ógildingar á fóstursamningi. Til vara krafðist hann þess að úrskurður barnaverndarnefndar um umgengni yrði felldur úr gildi og inntak umgengnisréttar ákveðið. Fósturforeldrunum var stefnt til að þola dóm í málinu. Barnaverndarnefnd krafðist aftur frávísunar málsins á grundvelli vanreifunar og þess að ekki væri unnt að reka málið á grundvelli barnalaga, auk þess sem A hefði ekki farið fram á ógildingu á yfirlýsingu móður þar sem hún afsalaði sér forsjá og óskaði þess að barnið yrði vistað hjá fósturforeldrum þess. Þá hefði A ekki gert grein fyrir hæfni sinni til að fara með forsjá barnsins. Barnaverndarnefnd krafðist þess að ef dómurinn teldi unnt að reka málið á grundvelli

barnalaga yrði því vísað frá þar sem sáttameðferð hefði ekki farið fram í samræmi við áskilnað 1. mgr. 33. gr. a bl. Barnaverndarnefnd taldi jafnframt að A gæti ekki átt aðild að ógildingu á fóstursamningi þar sem hann hefði ekki átt aðild að honum. Auk þess sem forsjárlausst foreldri, sem ekki hefur veitt samþykki sitt fyrir ráðstöfunum, gæti ekki átt kröfu um endurskoðun þeirra. Þá taldi barnaverndarnefnd A ekki hafa lögvarða hagsmuni af því að fá úrskurð um umgengni felldan úr gildi og kom með ýmis rök fyrir því sem ekki þykir ástæða til að reifa sérstaklega. Fósturforeldrarnir kröfðust þess að málinu yrði vísað frá þar sem krafa A á hendur þeim um að þola dóm í málinu ætti sér ekki lagastoð. Auk þess sem kröfur A væru vanreifaðar og að A gæti ekki krafist ógildingar fóstursamningsins þar sem hann væri ekki aðili að honum. Héraðsdómur vísaði málinu frá að nýju á þeim grundvelli að kröfur A um forsjá og ógildingu á fóstursamningi væru vanreifaðar þar sem hann hefði ekki gert viðhlítandi grein fyrir forsjárhæfni sinni og hvernig það þjónaði hagsmunum barnsins að honum yrði falin forsjá þess. Þá þótti A ekki hafa lögvarða hagsmuni af því að fá ákvörðun barnaverndarnefndar um varanlegt fóstur barnsins ógilta. Varakröfum varðandi umgengni var jafnframt vísað frá á sömu forsendum og áður.

A kærði úrskurðinn til Hæstaréttar sem lagði fyrir héraðsdóm að taka kröfur A til efnismeðferðar, að undanskilinni kröfu hans um ákvörðun um inntak umgengnisréttar. Í niðurstöðu Hæstaréttar kemur fram að þar sem 2. mgr. 34. gr. bl. tekur, samkvæmt orðanna hljóðan, aðeins til þess foreldris sem samþykkt hefur ráðstöfun þá tálmi það föður að leita réttar síns samkvæmt ákvæðinu. Hæstiréttur kvað að ekki væri séð að málefnaleg rök stæðu fyrir þessari tálmun og væri hún því í andstöðu við 1. mgr. 70. gr. stjkskr., þ.e. þá grundvallarreglu að öllum bæri réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur með réttlátri málsmeðferð fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstól, sem og sambærilegri reglu 6. gr. mse og jafnræðisreglu 65. gr. stjkskr. Þá bryti tálmunin einnig gegn rétti A sem foreldris barnsins, sbr. m.a. 1. mgr. 28. gr. bl. og 1. mgr. 7. gr. bs. A ætti því rétt á að fá úr málinu skorið fyrir dómstólum. Þá færi ekkert á milli mála hvert sakarefnið væri, auk þess sem A gæti aflað frekari gagna og borið fram nýjar málsástæður undir rekstri málsins til frekari skýringar málatilbúnaði sínum, sbr. 1. mgr. 57. gr. bvl. Auk þess sem dómari gæti lagt fyrir aðila að afla nánar tilgreindra gagna, sbr. 2. mgr. 56. gr. bvl., og því ekki tilefni til að vísa málinu frá vegna vanreifunar.[37]

Er Héraðsdómur hafði tekið málið aftur til meðferðar lagði A fram matsbeiðni og óskaði eftir dómkvaðningu matsmanns til að meta forsjárhæfni hans til að undirbyggja kröfu hans um



forsjá barnsins í samræmi við að sem fram kom í niðurstöðu Hæstaréttar. Barnaverndarnefnd og fósturforeldrarnir kröfðust þess að synjað yrði um dómkvaðninguna og kröfðust að nýju frávísunar málsins í heild með þeim rökum að A ætti ekki lögvarða hagsmuni vegna kröfu um forsjá barnsins með vísan til niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 334/2017, sem kveðinn var upp 21. júní 2017. Þá töldu þau að mat á forsjárhæfni A væri tilgangslaust og A hefði glatað rétti sínum til að fara fram á mat vegna tómlætis, með vísan til fyrra máls og þess tíma sem leið frá því að málið var höfðað og þar til matsbeiðni var lögð fram, og vísuðu til dóms Hæstaréttar í máli nr. 558/2011. Fósturforeldrarnir kváðu jafnframt að dómkvaðning matsmanns með tilheyrandi rannsóknarvinnu væri íþyngjandi fyrir barnið og að matsspurningar væru óljósar.

Héraðsdómur hafnaði frávísun málsins, enda hefði Hæstiréttur með dómi sínum í máli nr. 15/2017 falið héraðsdómi að taka málið til efnismeðferðar að undanskilinni annarri varakröfu A og gæti dómur Hæstaréttar í öðru og óskyldu máli ekki breytt afdráttarlausum fyrirmælum Hæstaréttar um að héraðsdómur tæki kröfur A til efnismeðferðar og þ.á m. kröfu hans um forsjá barnsins. Þá var einnig sérstaklega vísað til þeirrar niðurstöðu Hæstaréttar að ekki væri unnt að fallast á vanreifun enda gæti A aflað frekari gagna undir rekstri málsins til að leiða forsjárhæfni sína í ljós, líkt og hann freistaði nú að gera með dómkvaðningu matsmanns sem væri til þess fallið að upplýsa málið. Héraðsdómur féllst því á dómkvaðningu matsmanns til að meta forsjárhæfni A, stöðu og líðan barnsins og getu A til að sinna þörfum barnsins og meta hvernig best væri að haga umgengni við barnið ef ekki yrði fallist á forsjárkröfu A. Barnaverndarnefnd og fósturforeldrar kærðu niðurstöðu héraðsdóms til Hæstaréttar og kröfðust þess að dómkvaðningu matsmanns yrði hafnað. Hæstiréttur staðfesti niðurstöðu héraðsdóms um dómkvaðningu matsmanns að öðru leyti en því að hafnað var því að lagt yrði fyrir matsmann að meta hvernig umgengni yrði best háttað þar sem Hæstiréttur kvað það mat bersýnilega tilgangslaust til sönnunar á því hvort barnaverndarnefnd hefði byggt ákvörðun sína um umgengni á lögætum grunni, líkt og héraðsdómari hafði lagt til grundvallar þegar hann samþykkti þá matsspurningu.[38]

Niðurstaða héraðsdóms í málinu var að vísa frá dómi kröfu A um forsjá barnsins og sýkna barnaverndarnefnd og fósturforeldra af öðrum kröfum A í málinu. Frávísunin byggði á niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 334/2017, þar með var vikið frá fyrirmælum Hæstaréttar í máli nr. 15/2017 um að héraðsdómi bæri að taka kröfu föður um forsjá til efnismeðferðar. Héraðsdómur vísaði kröfunni frá dómi á þeim grundvelli að í kröfugerð föður fælist ekki

aðeins krafa um að fóstursamningi yrði hnekkt og dómstólar felldu úr gildi ákvörðun barnaverndarnefndar um að ráðstafa barninu í fóstur heldur að dómstólar tækju ákvörðun sem löggjafinn hefði falið barnaverndarnefnd sem stjórnvaldi að taka, að undangengnu mati, og slík krafa gengi í berhögg við 2. gr. stjórnarskrárinnar. Þá var það jafnframt niðurstaða dómsins að málið hefði verið nægjanlega upplýst, af hálfu barnaverndarnefndar, áður en hin umdeilda ákvörðun um varanlega vistun barnsins hjá vandalausum var tekin. Ákvörðun barnaverndarnefndar hefði því ekki verið haldin ógildingarannmarka þegar hún var tekin og að það myndi ekki þjóna hagsmunum barnsins að fella ákvörðunina úr gildi.[39]

A áfrýjaði málinu til Landsréttar og krafðist þess að dómi héraðsdóms yrði hrundið og að ógilt yrði með dómi ákvörðun barnaverndarnefndar um að vista barnið í varanlegu fóstri til 18 ára aldurs og að fóstursamningur yrði ógiltur. Til vara krafðist A þess að úrskurður barnaverndarnefndar um umgengni hans við barnið yrði felldur úr gildi. Landsréttur staðfesti niðurstöðu héraðsdóms þrátt fyrir að niðurstaða Landsréttar væri að annmarkar hefðu verið á ákvörðun barnaverndarnefndar um að vista barnið í varanlegu fóstri hjá fósturforeldrum. Landsréttur taldi að í ljósi þess að um veigamikla ákvörðun hefði verið að ræða, sem var til þess fallin að hafa varanleg og djúpstæð áhrif á tengsl A við barn sitt og gagnkvæma möguleika þeirra til að þróa slík tengsl, þá væri fallist á það með A að könnun á grundvelli þess að fela honum umönnun og uppeldi barnsins hefði ekki uppfyllt skilyrði 1. mgr. 41. gr. bvl. og 10. gr. ssl., enda fór hvorki fram sérstakt sérfræðilegt mat á forsjarhæfni A né sérstök könnun á því hvaða stuðningsúrræði væru í boði til að bæta úr mögulegum skorti á forsjarhæfni hans. Niðurstaða Landsréttar var að A hefði ekki leitt að því nægilegar líkur að þessir annmarkar á málsmeðferð barnaverndarnefndar hefðu haft áhrif á efni ákvörðunar þannig að til ógildingar gæti komið. Þá var jafnframt litið til þess að barnið var orðið fimm ára gamalt og hafði notið umönnunar og uppeldis fósturforeldranna frá tveggja mánaða aldri og myndað sterk og nán tengsl við þau. Ógilding ákvörðunar barnaverndarnefndar væri því til þess fallin að skapa óvissu um hagi barnsins og raska mikilvægum hagsmunum þess. Þá var höfnun á varakröfu A um ógildingu umgengnis-ákvörðunar staðfest með vísan til forsendna héraðsdóms.[40]

## Mál forsjarlauss föður (B)

B eignaðist barn en fór ekki með forsjá barnsins þar sem hann var ekki í sambúð eða hjúskap með barnsmóður sinni og fór hún því ein með forsjá barnsins skv. 2. mgr. 29. gr. bl.

Þó að B byggji ekki með barnsmóður sinni kom hann að uppeldi barnsins. Þegar barnið var nokkurra mánaða leitaði barnsmóðir B til hjóna sem henni hafði verið bent á að hefðu áhuga á að taka að sér barn. Hjónin lýstu því þá yfir við móður að þau hefðu ekki áhuga á að gerast stuðningsforeldrar en gætu hugsað sér að taka barnið í varanlegt fóstur.

Afskipti barnaverndar hófust um tveimur mánuðum síðar í kjölfar tilkynningar frá heilbrigðis-yfirvöldum um tengslavanda móður og barns þegar barnið fór í sex mánaða skoðun. Móðir kvað í tengslum við könnun máls að hún væri algjörlega buguð og ætti erfitt með að sinna barninu. B lýsti einnig yfir vanmætti við umönnun barnsins þar sem það væri mjög erfitt og óskraði stanslaust. Bæði B og barnsmóðir hans voru uppgefin og kvað B það hafa reynst honum andleg þjáning að barnið grét út í eitt. Móðir lýsti því yfir að hún elskaði barnið en hefði efasemdir um að hún og B væru fær um að veita barninu það sem það þyrfti til framtíðar. Móðir hafði þá þegar velt því töluvert fyrir sér að gefa barnið frá sér en sagðist virða óskir B sem gat engan veginn hugsað sér að gefa barnið. Barnavernd ræddi því við foreldrana um möguleg stuðningsúræði og benti foreldrum á sérfræðing varðandi tengslavinnu barna og foreldra.

Viku síðar var annar fundur með foreldrum sem lýstu enn yfir vanmætti vegna umönnunar barnsins og greindu frá því að þau hefðu verið í samskiptum við mögulega fósturforeldra fyrir barnið. Tveimur vikum síðar heimsóttu móðir og B hjónin sem móðir hafði rætt við um að taka barnið mögulega að sér og kom þá fram að B vildi hitta þau en væri ekki kominn til að gefa barnið frá sér. Daginn eftir hittust foreldrarnir og hjónin aftur og ræddu fyrirkomulag umsjár ef barnið færi til þeirra í fóstur. Mánuði síðar hafði B samband við fyrirhugaða fósturmóður og kvaðst tilbúinn til að láta barnið frá sér. Nokkrum dögum síðar mættu foreldrar á fund barnaverndarnefndar þar sem fram kemur að þau séu enn tvístígandi, en móðir kvaðst hallast æ meira að því að það væri barninu fyrir bestu að fara í fóstur. Þá var ræddur sá möguleiki að B tæki við forsjá barnsins en hann kvaðst ekki treysta sér til þess að vera einn með barnið þar sem það væri mjög krefjandi. Það sama var uppi á teningnum nokkrum dögum síðar á öðrum fundi með barnavernd þar sem foreldrar lýstu yfir vanmætti og lýstu því sem pyntingum að vera með barnið og þau hefðu því verið í samskiptum við fyrrgreind hjón með það í huga að þau gerðust mögulega fósturforeldrar barnsins en B væri enn óviss hvort það væri rétt ákvörðun og að móðir myndi ekki gefa barnið eftir án hans samþykkis. Aftur var rætt um möguleikann á að B tæki við forsjá barnsins sem hann treysti sér ekki til að gera.

Á fundi með barnaverndarnefnd, um þremur mánuðum eftir að afskipti barnaverndar hófust, lýstu foreldrar því yfir að þau hefðu tekið ákvörðun um að barnið færi í varanlegt fóstur til hjónanna sem þau höfðu verið í sambandi við. B greindi frá því að hann hefði átt erfitt með þessa ákvörðun og að hann óttaðist að missa tengslin við barnið. Þá var rætt um hvernig umgengni barnsins við foreldra yrði háttáð fyrst um sinn. Móðir ritaði á fundinum undir samþykki fyrir því að barnaverndarnefnd tæki við forsjá barnsins til 18 ára aldurs þess og að barnið yrði á sama tíma vistað hjá fósturforeldrunum sem hún hafði verið í samskiptum við. B var þá ósáttur við að ekki hefði verið þörf á hans undirritun þar sem hann hafði ekki farið með forsjá barnsins og upplifði hann að hann skipti ekki eins miklu máli. Honum var þá að nýju kynntur sá möguleiki að taka við forsjá barnsins sem hann vildi ekki. B veitti því aðeins munnlegt samþykki fyrir því að fela barnaverndarnefnd forsjá barnsins og fósturforeldrum umsjá þess til 18 ára aldurs. Barnið fór skömmu síðar í fóstur til hjónanna eins og um var rætt.[41]

B kvað að honum hefði verið gefið fyrirheit um rúman umgengnisrétt við barnið og hann hefði því veitt samþykki sitt fyrir vistun barnsins. Í fóstursamningi var kveðið á um að barnið hefði umgengni við kynforeldra eftir samkomulagi við fósturforeldra og var miðað við að umgengni yrði að jafnaði tvisvar í mánuði. B kvað umgengni hafa gengið vel til að byrja með en síðar hafi komið fram kröfur um að ramma umgengni frekar inn og kom þá til kasta barnaverndarnefndar að ákvarða umgengni hans við barnið. Barnaverndarnefnd ákvað þá að B fengi umgengni við barnið aðra hverja helgi í fimm klukkustundir í senn. B var ósáttur við þá niðurstöðu og krafðist úrskurðar barnaverndarnefndar um umgengni hans við barnið og krafðist þess að honum yrði falin forsjá barnsins. Barnaverndarnefnd kvað upp úrskurð tæpum sex vikum síðar þar sem kröfu hans um forsjá var hafnað á þeim forsendum að hann hefði ekki farið með forsjá barnsins og gæti því ekki á grundvelli 34. gr. bvl. krafist endurskoðunar ráðstafana sem kynmóðir og forsjáraðili hefðu samþykkt. Þá var fyrri ákvörðun barnaverndarnefndar um umgengni hans við barnið staðfest í meginráttum.

B höfðaði þá mál gegn barnaverndarnefnd og fósturforeldrum og krafðist þess að fóstursamningi yrði hnekkt og honum falin óskipt forsjá barnsins. Til vara krafðist hann þess að úrskurður barnaverndarnefndar um umgengni hans við barnið yrði felldur úr gildi. Barnaverndarnefnd og fósturforeldrar kröfðust frávísunar málsins en til vara sýknu af kröfum B. Krafist var frávísunar á þeim grundvelli að ekki væri um að ræða sakarefni sem ætti undir dómstóla, þá væri B ekki aðili að fóstursamningnum sem hann krafðist að yrði

hnekk og gæti aldrei orðið aðili að honum, sbr. 1. mgr. 68. gr. bvl. Þá væru í 77. gr. bvl. tæmandi taldar þær ástæður sem leitt gætu til endurskoðunar fóstursamnings sem gerður væri á grundvelli 68. gr. bvl., auk þess sem slíkt yrði leyst með samkomulagi aðila samningsins eða úrskurði barnaverndarnefndar, sem væri kæránlegur til úrskurðarnefndar velferðarmála, en ekki úrlausnarefni sem ætti undir dómstóla. B gæti því ekki krafist ógildingar á samningi sem hann væri ekki aðili að og ekki gert slíka kröfu fyrir dómstólum enda ekki á valdsviði dómstóla að ógilda fóstursamning samkvæmt kröfu þriðja aðila og bæri því að vísa kröfum B frá dómi. Þá var krafist frávísunar á varakröfu B um ógildinguna á úrskurði barnaverndarnefndar um umgengni hans við barnið þar sem úrskurðurinn sætti efnislegri endurskoðun úrskurðarnefndar velferðarmála því að fósturforeldrar kærðu úrskurð barnaverndarnefndar og kröfðust þess að umgengni yrði ákvörðuð minni. Dómstólar gætu því ekki kveðið á um álitaefnið meðan það væri enn til meðferðar hjá stjórnvöldum. Þá hefði B ekki lögvarða hagsmuni af því að fá úrskurð um ógildinguna á ákvörðun lægra setts stjórnvalds sem hafi sætt endurskoðun hjá æðra settu stjórnvaldi. Þá var jafnframt krafist frávísunar varakröfu B þar sem krafan sneri í raun að því að fá afstöðu dómstóla til inntaks umgengni, en ekki hefði verið gætt réttra málsmeðferðarreglna eða hvort ákvörðunin hefði verið byggð á lögumtæm sjónarmiðum. Því ætti álitaefnið ekki undir dómstóla, sbr. 4. mgr. 74. gr. bvl. Einnig var vísað til óskýrleika kröfugerðar B, bæði hvað varðaði aðalkröfu og varakröfu. Héraðsdómur vísaði aðalkröfu B frá á grundvelli vanreifunar þar sem stefna í málinu hafði verið það óglögg að ekki yrði með skýrum hætti felldur dómur varðandi sakarefnið. Héraðsdómur hafnaði hins vegar frávísun varakröfu B og kvað það engu breyta að fósturforeldrar hefðu kært úrskurðinn til úrskurðarnefndar velferðarmála og niðurstaða nefndarinnar lægi ekki fyrir.

B kærði úrskurðinn til Hæstaréttar. Hæstiréttur hafnaði því að vísa bæri aðalkröfum B frá vegna vanreifunar því að ljóst væri hvert sakarefnið væri, auk þess sem B gæti aflað frekari sönnunargagna og borið fram nýjar málsástæður til frekari skýringar á málalíbúnaði sínum, sbr. 1. mgr. 57. gr. bvl. Hæstiréttur vísaði frá kröfu B um að honum yrði falin forsjá barnsins. Hæstiréttur taldi að þrátt fyrir að 2. mgr. 34. gr. bvl. yrði skýrð þannig að eftir atvikum gæti ákvæðið tekið til foreldris sem ekki hefði samþykkt ráðstöfun skv. 25. gr. bvl., þá yrði réttarstöðu þess ekki jafnað að öllu leyti til stöðu foreldris sem hefði samþykkt hana þar sem það fór eitt með forsjá barns áður en það afsalaði forsjánni til barnaverndarnefndar. Foreldri væri játaður réttur til að krefjast þess að því yrði falin forsjá barns að nýju en það gæti ekki átt við foreldri sem ekki hafði farið með forsjá þegar ákvörðunin var tekin. Barna-

verndarnefnd væri aðeins heimilt en ekki skylt að afsala sér forsjá til forsjarlauss foreldris, sbr. 3, mgr. 67. gr. a bvl. Með því að krefjast þess fyrir dómi að B yrði falin forsjá barnsins færi hann ekki aðeins fram á að fóstursamningi yrði hnekkt og þar með ákvörðun barnaverndarnefndar um að ráðstafa barninu í fóstur felld úr gildi heldur færi hann fram á að dómstólar tækju ákvörðun sem löggjafinn hafði falið barnaverndarnefnd sem stjórnvaldi að taka, að undangengnu mati. Slík krafa gengi því í berhöggi við 2. gr. stjórnarskrárinnar sem kveður á um þrískiptingu ríkisvaldsins þar sem sakarefnið ætti undir framkvæmdarvaldið en ekki dómstóla. Kröfu B um að honum yrði falin forsjá barnsins var því vísað frá dómi, en héraðsdómi gert að taka til efnismeðferðar kröfu hans um að fóstursamningi yrði hnekkt en niðurstaða héraðsdóms staðfest að öðru leyti.[42]

B krafðist þess, að dómkvaddur yrði matsmaður, til að meta forsjarhæfni hans. Barnaverndarnefnd og fósturforeldrar kröfðust þess að dómkvaðningu matsmanns yrði hafnað þar sem kröfu B um forsjá hefði verið vísað frá og að mat á forsjarhæfni B nú hefði ekkert að gera með sönnun um það hvernig staðið hefði verið að málum á sínum tíma og matið hefði því ekki þýðingu fyrir það úrlausnarefni sem væri til meðferðar í málinu, auk þess sem matsbeiðni væri óskýr. Héraðsdómur hafnaði því að matsbeiðni B væri óskýr en féllst á rök barnaverndar og fósturforeldra, að öflun matsins væri tilgangslaus, í ljósi þeirra krafna sem til meðferðar væru fyrir dómnum. B kærði úrskurð héraðsdóms til Hæstaréttar sem staðfesti niðurstöðu héraðsdóms.[43]

B féll frá varakröfu sinni, um ógildingu á úrskurði barnaverndarnefndar um umgengni hans við barnið, við aðalmeðferð málsins þar sem nýr úrskurður hafði þá verið kveðinn upp. Eftir stóð því aðeins krafa B um að fóstursamningi yrði hnekkt. Barnaverndarnefnd og fósturforeldrar kröfðust sýknu á grundvelli aðildarskorts þar sem B hefði ekki verið aðili að umræddum fóstursamningi. Héraðsdómur hafnaði þessum málatilbúnaði, enda hefði Hæstiréttur komist að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir að ákvæði barnaverndarlaga tækju, skv. orðanna hljóðan, aðeins til þess foreldris, sem færi með forsjá þá gæti löggjöf við þessar aðstæður ekki útilokað rétt manns til að fá úrlausn dómstóla um málefni er vörðuðu hagsmuni hans, sbr. niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 15/2017.

Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að sýkna bæri barnaverndarnefnd og fósturforeldra af kröfu B um að fóstursamningi yrði hnekkt því að það lá fyrir að B hafði lýst yfir vanmætti sínum við uppeldi barnsins og ítrekað afþakkað það að taka við forsjá

barnsins. Þá hefði barnavernd kynnt möguleika á stuðningsfjölskyldu, forgangi á leikskóla og B boðin stuðningsviðtöl til að vinna á tengslavanda sínum við barnið. Þá hefði barnið ekki verið vistað í fóstri fyrr en B hafði samþykkt það þrátt fyrir að það hefði aðeins verið munnlega þar sem í raun hefði ekki verið þörf á samþykki hans þar sem hann fór ekki með forsjá barnsins. Þar sem B hafnaði því að taka við forsjá barnsins hefði ekki verið þörf á að kanna hæfi hans eða aðstæður. Barnaverndarnefnd hefði gætt leiðbeiningarskyldu gagnvart honum og ekki lægi fyrir annað en að honum hefði gefist kostur á að andmæla á öllum stigum málsins og að málið hefði verið nægjanlega upplýst þegar ákvörðun var tekin. Þá ætti meðalhófsreglan ekki við þar sem ekki væri um að ræða íþyngjandi ákvörðun þar sem vistun barnsins var ákveðin með vitund og vilja B, hjá aðilum sem B hafði sjálfur rætt við og óskað eftir að barnið yrði vistað hjá.

B áfrýjaði dómi héraðsdóms til Landsréttar sem staðfesti niðurstöðu héraðsdóms með vísan til forsendna þar sem barnaverndarnefnd hafði við meðferð málsins gætt að málsmeðferðarreglum stjórnisýsluréttar og barnaverndarlaga. Þá hefði B ekki vísað til breyttra aðstæðna sinna, sbr. 3. mgr. 34. gr. bvl., sem væri skilyrði fyrir því að hnekkja fóstursamningi, sbr. 2. mgr. 34. gr. bvl. Þá hefði barnið verið í fóstri hjá fósturforeldrum frá því að það var tæplega árgamalt, en var við uppkvaðningu dóms Landsréttar tæplega þriggja ára. Barnið hefði tekið miklum framförum eftir að það fór í fóstur, því liði vel og hefði tengst fósturforeldrum sterkum böndum og því þótti ekki með vísan til hagsmuna barnsins réttmætt að fallast á kröfu B um að hnekkja fóstursamningi.[44]

## Samantekt og niðurstöður

Friðhelgi fjölskyldulífs og réttindi barna til að umgangast og halda tengslum við fjölskyldu sína eru vel tryggð í lögum. Af þeim málum sem reifuð hafa verið er þó ljóst að þessi réttindi eru ekki jafn vel tryggð í raun og lögin gefa tilefni til að telja. Nokkur munur er á vinnubrögðum barnaverndar í málunum. Barnaverndarnefndin í máli B gætti vel að friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu í máli hans. Fjölskyldan var ekki aðskilin gegn vilja foreldranna heldur með þeirra samþykki og þess gætt að foreldrar fengju reglulega umgengni við barnið. A var hins vegar sniðgenginn af barnaverndarnefnd þrátt fyrir að hann hefði krafist forsjár barnsins og skýr lagafyrirmæli um að það bæri að kanna grundvöll þess að ráðstafa barninu til hans. Þá voru hann og barnið aðskilin án þess að sá aðskilnaður væri nauðsynlegur með tilliti til hagsmuna barnsins. Að því er virðist vegna þess að barnavernd

taldi fósturforeldrana vera hæfari en föður, en ekki beint vegna meints vanhæfis föður sem ekki var kannað. Það er ekki málefnaleg ástæða fyrir þeirri ákvörðun. Það er ekki markmið barnaverndar að koma börnum fyrir hjá hæfustu foreldrunum heldur að tryggja öryggi og velferð barns og styðja við og styrkja fjölskyldur, eftir því sem unnt er. A var ekki aðeins synjað um möguleikann á að fara með forsjá barnsins heldur voru hann og barnið einnig svipt rétti sínum til reglulegrar umgengni þrátt fyrir að sá réttur væri bundinn í lög. Friðhelgi fjölskyldunnar eru stjórnarskrárvarin réttindi og það þarf því skýrar lagaheimildir og brýna nauðsyn til að skerða rétt manna til að njóta fjölskyldulífs og tekur friðhelgin til fjölskyldu í víðtækum skilningi. Friðhelgin nær því ekki aðeins til fjölskyldu sem býr saman á heimili, líkt og Landsréttur staðfesti í máli A. Barnaverndarnefnd brást því þeim lögboðnu skyldum sínum að gæta að þessum réttindum A og barns hans og kanna til hlítar grundvöll þess að fela honum sem föður barnsins umsjá þess og forsjá og eftir atvikum beita stuðningsúrræðum barnaverndarlaga til að gera honum kleift að taka við umsjá barnsins.

Skipan forsjár getur skipt veigamiklu máli, sér í lagi þegar barnaverndarþjónusta er falin forsjá barns eins og sjá má á því sem fram kemur í kaflanum um forsjá og sést berlega á málum þeirra A og B. Með vísan til ákvæða um friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu og ákvæða 67. gr. a bvl. hefði mátt ætla að forsjárlausir foreldrar hefðu sterka stöðu ef forsjáforeldri afsalar sér forsjá barnsins. Raunin er þó sú að svo er ekki þar sem barnaverndarþjónusta getur einhliða ákveðið að fela öðrum en forsjárlausa foreldrinu umsjá eða forsjá barns. Þá er forsjárlausum foreldrum gert erfitt um vik að fá slíkar ákvarðanir endurskoðaðar fyrir dómstólum, eins og sjá má á málunum sem reifuð voru.

A óskaði eftir því að fá forsjá og umsjá barns síns, en var hafnað. Hann leitaði allra leiða til að fá þá ákvörðun endurskoðaða innan stjórnarsýslunnar en hafði ekki erindi sem erfiði og leitaði því til dómstóla. Þar var ítrekað reynt að fá málinu vísað frá þar sem engin formleg lagaheimild var til staðar fyrir hann til að leita réttar síns. Ekki er unnt að höfða forsjármál á grundvelli barnalaga þegar barnaverndarnefnd fer með forsjá barns, sbr. niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 334/2017, þar sem stjórnvöldum er skv. 67. gr. a bvl. falið að meta hvort rétt sé að fela forsjárlausu foreldri forsjá eða umsjá barns og um matskennda ákvörðun er að ræða. Þá hafa dómstólar ekki lögsögu til þess að endurskoða þá ákvörðun efnislega.

Þá geta foreldrar sem ekki hafa farið með forsjá barns síns ekki krafist endurskoðunar



ráðstafana á grundvelli 34. gr. bvl þar sem hún tekur aðeins til þeirra sem annaðhvort samþykktu ráðstafanir eða hafa verið sviptir forsjá, en A hvorki samþykkti ráðstafanir né var sviptur forsjá. Hæstiréttur opnaði þó fyrir aðild foreldra í þessari stöðu, með niðurstöðu sinni í máli nr. 15/2017, þar sem það þótti brjóta gegn stjórnarskrárvörðum rétti aðila til að bera mál sín undir dómstóla að útiloka aðild með þessum hætti. Það verður þó að líta til þess, sbr. niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 334/2017, að sú endurskoðun getur aðeins náð til ógildingar ákvarðana stjórnvalda hvað þetta varðar, en ekki til þess að taka nýja ákvörðun í málinu

Þá taka þessi mál of langan tíma fyrir dómstólum, þó svo að um flýtimeðferðarmál sé að ræða, eins og berlega sést á málum þeirra A og B. Þá er meginreglan í barnaverndarmálum sú að hagsmunir barnsins skuli ávallt ráða för þannig að ágallar á málsmeðferð eru yfirleitt ekki nægileg ástæða ógildingar ákvörðunar. Jafnvel þó að barnaverndarnefnd hafi staðið illa að ákvörðun sinni, því á meðan á málarekstri stendur aðlagast barnið nýjum aðstæðum og tengist fósturforeldrum og því lengri tími sem líður frá því að barn er vistað í fóstri og þar til ákvörðun um ógildingu þeirrar ráðstöfunar er tekin, þeim mun verra er það fyrir barnið að ákvörðunin sé ógilt. Þar af leiðandi eru sífellt minni líkur á að það þjóni hagsmunum barnsins að ógilda slíka ákvörðun jafnvel þó svo að allar málsmeðferðarreglur hafi verið brotnar þar sem það yrði í andstöðu við hagsmuni barnsins, sbr. niðurstöðu Landsréttar í máli nr. 673/2018.

Lagalega séð er gagnkvæmur réttur barna og foreldra til umgengni við hvort annað mjög ríkur. Ekki er gerður sérstakur greinarmunur á réttinum til umgengni eða inntaks umgengni eftir því hvort ákvörðun um umgengni er byggð á barnalögum eða barnaverndarlögum, sbr. álit bæði umboðsmanns Alþingis og umboðsmanns barna, að því undanskyldu þegar umgengni barns við foreldri, sem hefur verið svipt forsjá á grundvelli barnaverndarlaga, er ákvörðuð. Eðlilegt getur verið og þarft að takmarka umgengni barns við foreldri sem er ekki hæft til að sinna grunnþörfum þess. Barnaverndarnefnd í máli A leit ekki til þessa við ákvörðun um umgengni þar sem hann fékk verulega takmarkaða umgengni við barn sitt. Ef hann hefði getað leitað til sýslumanns hefði hann mátt gera ráð fyrir umgengni, að minnsta kosti aðra hverja helgi, auk rýmri umgengni í leyfum. Hann fékk hins vegar aðeins umgengni í þrjú skipti á ári í tvo tíma í senn, þ.e. alls sex klukku-stundir á ári, án þess að nokkuð lægi fyrir um að þörf væri á að takmarka umgengni með þessum hætti. Þessi skerta umgengni brýtur gegn friðhelgi fjölskyldulífs hans og barnsins og rétti barnsins á að viðhalda

fjölskyldutengslum sínum, sbr. 1. mgr. 8. gr. og 3. mgr. 9. gr. bs., sbr. niðurstöðu umboðsmanns barna. Það hefði því þurft að færa veigamikil rök fyrir þessari skerðingu líkt og lög gera ráð fyrir. Það var ekki gert, því var aðeins haldið fram að rýmri umgengni samræmdist ekki markmiðum fósturs. Erfitt er þó að sjá að það séu nægjanleg rök fyrir svo mikilli takmörkun á stjórnarskrárvörðum réttindum barns og foreldris. Markmið fósturs hlýtur að vera að tryggja velferð barns en ekki að slíta tengsl barns við kynforeldra. Umgengni ætti því ekki að vera ósamrýmanleg markmiðum fósturs, nema velferð barns sé ógnað með umgengni við kynforeldra, sbr. t.d. foreldra sem sviptir hafa verið forsjá vegna vanhæfni, langvarandi vanrækslu og/eða ofbeldis í garð barnsins. A fékk því umgengni sem er sambærileg umgengni sem ákvörðuð er milli barns og foreldris sem hefur verið svipt forsjá. B hins vegar var ákvörðuð umgengni við barn sitt sem ekki var ólík umgengnisákvörðunum á grundvelli barnalaga. Honum var ákvörðuð umgengni aðra hverja helgi í fimm klukkustundir í senn, sem er ekki óeðlilegt í ljósi ungs aldurs barnsins. Réttindi hans og barns hans til umgengni voru því virt.

Um málsmeðferð stjórnvalda gilda ákveðnar reglur til að tryggja sem best réttaröryggi manna í skiptum við hið opinbera. Stjórnvöld virðast þó vanda misvel til verka eins og sjá má á mismunandi málsmeðferð barnaverndar í málum A og B. Hvorugur átti formlega aðild að máli því er varðaði barn þeirra hjá barnavernd, enda gera löginn ekki ráð fyrir að þörf sé fyrir samþykki forsjárlausss foreldris þegar forsjárforeldri afsalar sér forsjá barns. A hefði þó átt að njóta aðildar að málinu þar sem hann hafði einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta við meðferð málsins. Þá hefði barnaverndarnefnd átt, skv. 4. mgr. 67. gr. a bvl., að leita umsagnar hans áður en barninu var ráðstafað í fóstur, auk annarra vankanta. A fékk aðeins tækifæri til að reifa sjónarmið sín á fundi barnaverndarnefndar þegar nefndin tók fyrir kröfu hans um endurskoðun á ákvörðun um varanlegt fóstur barnsins. B hins vegar tók þátt í allri meðferð málsins sem varðaði barn hans hjá barnavernd, hann mætti á alla fundi og tók þátt í ákvörðunum. Það verður þó að líta til þess að barnsmóðir hans vildi ekki taka ákvörðun um afsal forsjár án hans aðkomu og því óvíst hversu mikla aðkomu hann hefði haft af málinu ef ekki hefði verið fyrir þessa afstöðu barnsmóður hans. Barnavernd kannaði þó ítrekað hvort B hefði hug á því að taka við forsjá barnsins og var hann upplýstur um þau stuðningsúrræði sem í boði voru. A var hins vegar afskrifaður að því er virðist þegar í upphafi án sérstakrar könnunar þrátt fyrir að lög og málsmeðferðarreglur geri ráð fyrir því að sá möguleiki sé kannaður.

Það er því fallist á það með héraðsdómi og Landsrétti að ekki hafi verið óeðlilegt að forsjarhæfni B hafi ekki verið könnuð þar sem hann óskaði ekki eftir að taka við forsjá barnsins og hafnaði því ítrekað þegar sá möguleiki var nefndur og því engar forsendur til þess að kanna hæfi hans. A leitaði allra leiða til þess að fá úr máli sínu skorið innan stjórnarsýslunnar en ákvarðanir barnaverndarnefndar voru að jafnaði staðfestar og ekki gerðar athugasemdir við vinnslu málsins þó svo að algerlega hafi verið gengið fram hjá föður og tekin ákvörðun um að vista barnið í varanlegu fóstri hjá vandalausum til 18 ára aldurs án þess að kannaðar væru forsendur þess að vista barnið hjá honum líkt og lög mæla fyrir um. Landsréttur komst hins vegar að gagnstæðri niðurstöðu, sem sýnir mikilvægi þess að unnt sé að leita endurskoðunar dómstóla á svo íþyngjandi og afdrifamiklum ákvörðunum stjórnvalda.

Málsmeðferð í málum A og B fyrir dómstólum var að nokkru leyti lík og gjarnan vísað til niðurstöðu í öðru málinu til stuðnings kröfugerð eða niðurstöðu í hinu og á endanum varð niðurstaða beggja mála í raun sú sama. Á meðan á málarekstrinum stóð var þó nokkur munur á málsmeðferðinni í ákveðnum atriðum. Kröfugerð þeirra A og B var sambærileg, enda höfðar B mál sitt eftir að fyrri máli A hafði verið vísað frá dómi og gat því hagað kröfugerð sinni í samræmi við það. Í báðum tilvikum gerði barnaverndarnefnd kröfu um frávísun málsins, en niðurstöður Hæstaréttar eru ekki samhljóða. Í máli A er því hafnað að vísa frá kröfu hans um forsjá barns síns, sbr. Hrd. 15/2017, og héraðsdómi því gert að taka þá kröfu til úrlausnar. Í máli B er kröfu hans um forsjá hins vegar vísað frá á grundvelli 2. gr. stjkskr. og niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 15/2017 þar með í raun hafnað. Þessar ósamhljóða niðurstöður Hæstaréttar valda því að þarna verður nokkur munur á framvindu málanna. A rak enn mál er varðaði forsjá og ógildingunni ákvarðana varðandi fóstur en B rak einungis mál til ógildingar á ákvörðun um vistun barns hans í fóstri. Báðir voru þó með varakröfu um ógildingunni á ákvörðun um umgengni. B var því synjað um dómkvaðningu matsmanns til að meta forsjarhæfni hans, en aftur á móti var fallist á kröfu A um dómkvaðningu matsmanns í þessu skyni. Kröfu A um forsjá barnsins var þó að lokum vísað frá dómi með vísan til niðurstöðu Hæstaréttar í máli 334/2017. Þá var kröfum beggja um ógildingunni á fóstursamningum hafnað þar sem það þjónaði ekki hagsmunum barnanna. Kröfu A um ógildingunni á ákvörðun um umgengni var hafnað en ekki var úrskurðað um kröfu B hvað það varðar þar sem hann felldi hana niður við aðalmeðferð málsins þegar ný ákvörðun um umgengni hafði verið tekin.

Af þessu má ráða að víða er pottur brotinn þegar kemur að réttindum forsjárlausra foreldra og þá einkum ef forsjáforeldri afsalar sér forsjá barns til barnaverndarþjónustu. Það er því nauðsynlegt að löggjafinn grípi inn í og ráði bót á réttleysi forsjárlausra foreldra við þessar aðstæður og tryggi það að forsjárlausir foreldrar hafi greiðan aðgang að því að leita til dómstóla til að fá úr réttindum sínum til barna sinna skorið, enda ljóst að annað brýtur gegn stjórnarskrárvörðum mannréttindum barns og foreldris hvað varða friðhelgi fjölskyldulífs.

Í fyrsta lagi verður að tryggja rétt foreldra sem eru forsjárlausir skv. 2. mgr. 29. gr. barnalaga af þeirri ástæðu að þeir eru ekki skráðir í sambúð eða hjúskap með þeim sem ólu þeim barn. Rætt hefur verið um að rétt sé að forsjá yrði sjálfkrafa sameiginleg við fæðingu barns. Sú lausn hefði tryggt A og B aðild og ákvörðunarrétt varðandi afsal forsjár barns þeirra og verið háð samþykki þeirra. Á þeirri lausn eru þó nokkrir vankantar, þ.e. að við fæðingu barns er ekki ávallt vitað hver faðirinn er. Þá getur það reynst foreldrum erfitt að fara sameiginlega með forsjá barns af ýmsum ástæðum, t.d. gætu þeir búið hvor í sínu landinu og þannig örðugt fyrir þá að standa sameiginlega að öllum meiri háttar ákvörðunum er varða barnið, sem er ekki í þágu hagsmuna barnsins. Þá þyrfti jafnframt að taka sérstaklega á því hvernig bæri að haga forsjá t.d. þegar barn er getið við kynferðisbrot svo að brotþoli sé ekki þvingaður með lögum til að deila forsjá með geranda sínum. Það væri þó unnt að tryggja réttindi foreldra í þessari stöðu með sambærilegum hætti og þegar forsjáforeldri ákveður að fela öðrum en kynforeldri forsjá barns við andlát sitt, þ.e. að sú tilhögun sé háð samþykki kynforeldris, en að öðrum kosti sé leyst úr málinu fyrir dómstólum. Þannig væri forsjárlausu foreldri tryggð aðild að málinu og ekki væri unnt að ganga fram hjá kynforeldri ef það krefst forsjár barnsins nema með ákvörðun dómstóla. Forsjárlaust foreldri ætti alltaf að eiga aðild að máli er varðar barn þess þegar afsal forsjár eða varanlegt fóstur barns er til umræðu og ekki rétt að barnaverndarþjónusta eigi lokaorðið um forsjá barnsins án þess að forsjárlaust foreldri eigi aðild að slíku máli og að lokað sé fyrir möguleika foreldris á að leita niðurstöðu dómstóla um forsjá barnsins. Mikilvægt er að afdrifaríkar ákvarðanir sem þessar sæti endurskoðun dómstóla og þá ekki aðeins að formi heldur einnig að efni.

Í öðru lagi þá ættu ákvarðanir Umdæmisráðs barnaverndar um umgengni að sæta endurskoðun dómstóla. Dómstólar geta kveðið á um inntak umgengnisréttar barns og foreldris í ágreiningsmáli er varðar forsjá, sbr. 5. mgr. 34. gr. bl., og þannig t.d. endurskoðað samninga foreldra eða úrskurði sýslumanns um umgengni. Ekki er séð hvers vegna

ekki er unnt að fela dómstólum að taka sambærilegar ákvarðanir þegar börn eru vistuð í fóstri. Einkum ef gerð er krafa um ákvörðun um inntak umgengni í tengslum við mál er varða endurskoðun forsjarákvörðunar eða forsjarsviptingar. Málsmeðferð slíkra mála er almennt mjög vönduð og ítarlegra og vandaðra sérfræðigagna aflað, sem gætu varpað ljósi á það hvort og þá hvernig umgengni þjónar helst hagsmunum barns. Slík rannsóknarvinna er almennt ekki framkvæmd af barnaverndarnefndum. Þá má nefna að í dómi í málum sem þessum situr að jafnaði sérfróður meðdómandi.

Í þriðja lagi þarf að tryggja betur málshraða í þessum málum, enda ljóst að þrátt fyrir að þessi mál skuli sæta flýtimeðferð skv. 53. gr. b bvl. þá taka þau of langan tíma fyrir dómstólum, sér í lagi þegar ítrekað er krafist frávísunar og úrlausnum dómstóla jafnan áfrýjað eða þær kærðar til æðri dóms. Allt þetta hefur í för með sér talsverðar tafir á málsmeðferð eins og sjá má á málum A og B, sem er mjög slæmt þar sem lengd málsmeðferðartíma hefur í raun bein áhrif á niðurstöðu málanna. Því lengur sem barn dvelur í fóstri þeim mun verr þjónar það hagsmunum þess að fara til kynforeldris.

## Lokaorð

Samkvæmt framangreindu liggur fyrir að lögin gera ekki greinarmun á réttindum foreldra eftir því hvort um er að ræða móður eða föður, að öðru leyti en við sjálfkrafa forsjá móður sem elur barn ef hún er ekki í hjúskap eða sambúð með hinu foreldrinu. Réttur forsjarlausra foreldra, sem oftast eru feður, er hins vegar víða ekki nægilega vel tryggður eins og leitt hefur verið í ljós.

Það er því brýnt að bregðast við þessari stöðu og breyta lögunum á þann veg að réttur forsjarlausra foreldra verði tryggður og þeim veitt aðild að forsjarákvörðunum þegar forsjarforeldrar afsala sér forsjá yfir barni þeirra og tryggt verði að ekkert foreldri verði svipt barni sínu gegn vilja þess, nema leitt hafi verið í ljós að slíkt þjóni best hagsmunum barnsins. Annað uppfyllir ekki skilyrði laga um friðhelgi fjölskyldulífs, enda ekki rétt að forsjarlaust foreldri sé útilokað frá því að koma að ákvörðun um forsjá barns síns vegna einhliða ákvörðunar forsjarforeldris um að afsala sér forsjá barnsins til barnaverndarþjónustu.

Möguleikar forsjarlauss foreldris á að leita til dómstóla og krefjast forsjar barns síns eru í raun takmarkaðir þegar forsjarforeldri afsalar sér forsjá barns til barnaverndarþjónustu. Ef

forsjárforeldrið hefði á hinn bóginn falið öðrum en barnaverndarþjónustu forsjá barnsins hefði forsjárlausa foreldrið getað stefnt þeim aðila eða aðilum sem fengu forsjána og leitað niðurstöðu dómstóla um forsjá barnsins. Ef forsjárforeldrið hefði fallið frá hefði forsjárlausa foreldrið sjálfkrafa fengið forsjá barnsins, svo lengi sem forsjárforeldrið hefði ekki skilið eftir sig yfirlýsingu um að annar en forsjárlausa foreldrið skyldi að því látnu fara með forsjá barnsins en þá hefði þurft að bera þá ákvörðun undir dómstóla ef forsjárlausa foreldrið væri ekki sátt við þá skipan. Ef forsjárforeldrið hefði til að mynda farið með forsjá barns hefði forsjárlausa foreldrið getað stefnt því og krafist forsjár og þá hvort sem barnið hefði verið í umsjá forsjárforeldris eða vistað í fóstri. Engar málefnalegar ástæður eru fyrir takmörkun á rétti forsjárlaus foreldris til þess að fá úr því skorið fyrir dómstólum hvernig forsjá barns þess skuli vera þegar forsjá barnsins er í höndum barnaverndarþjónustu. Foreldri, sem hefur verið svipt forsjá barns síns á grundvelli barnaverndarlaga, getur endurheimt forsjána ef skilyrði laga eru uppfyllt. Það skýtur skökku við að foreldri sem hefur farið með forsjá barns en verið svipt henni, s.s. vegna vanhæfni, vanrækslu og/eða ofbeldi í garð barns, hafi meiri möguleika á að fá forsjána aftur fyrir tilstuðlan dómstóla en foreldri sem ekki hefur farið með forsjá barns síns vegna ákvæða laga og ekki verið metið vanhæft eða gerst sekt um vanrækslu barnsins eða ofbeldi eða annað gagnvart barninu. Það foreldri getur aðeins fengið úrskurð dómstóla um ógildingu á ákvörðun barnaverndarþjónustu en ekki fengið forsjá barnsins með dómi. Ljóst er að það er til lítils að fá ákvörðun um vistun barns í fóstri ógilta þar sem barnaverndarþjónusta fer þá samt sem áður áfram með forsjá barnsins og hefur ein ákvörðunarvald um það hvort barnið skuli fara til hins forsjárlausa foreldris eða ekki og sú ákvörðun sætir ekki efnislegri endurskoðun dómstóla.

Velta má fyrir sér hvort niðurstaða Hæstaréttar í máli nr. 15/2017 hafi að einhverju leyti byggt á þessum forsendum. Þar er vísað til réttar A til þess að bera mál sín undir dómstóla og jafnræðisreglunnar. Það er því athugunarefni hvort það standist stjórnarskrá að takmarka möguleika forsjárlaus foreldris með þessum hætti. Samkvæmt barnaverndarlögum er barnaverndarþjónustu falið að meta hvort rétt sé að fela forsjárlausu foreldri forsjá barns við þessar aðstæður. Þar af leiðandi er það ekki á færi dómstóla að taka ákvörðun sem hefur verið falin framkvæmdarvaldinu, sbr. 2. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 334/2017. Dómstólar hafa eftirlit með löggjafarvaldinu og hafa úrskurðarvald um það hvort lög séu í andstöðu við stjórnarskrá. Það er því athugunarefni hvort umrætt ákvæði barnaverndarlaga, sem felur barnavernd lokaorðið hvað þetta varðar, standist stjórnarskrá eða hvort það brýtur í raun gegn jafnræðisreglu og rétti aðila til að

bera mál sín undir dómstóla, sbr. niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 15/2017. Áhugavert hefði verið að fá niðurstöðu Landsréttar hvað þetta varðar þar sem Hæstiréttur komst að andstæðri niðurstöðu í málum nr. 15/2017 og 334/2017 en á það reyndi ekki fyrir Landsrétti.

Þá hefur það sýnt sig í reynd að barnaverndaryfirvöld eru ekki líkleg til að taka aðra ákvörðun þrátt fyrir ógildingu, sbr. viðbrögð barnaverndarráðs Íslands við tilmælum umboðsmanns Alþingis um að taka nýja ákvörðun um umgengni í máli nr. 66/1988 þar sem umboðsmaður taldi barnaverndarráð hafa brotið á umgengnisrétti barns og foreldris. Þá virðast álit umboðsmanns Alþingis og umboðsmanns barna varðandi rétt barna til reglulegrar umgengni við foreldri þrátt fyrir að vera vistuð í fóstri ekki vega þungt við ákvarðanir barnaverndaryfirvalda og því mikilvægt að dómstólar veiti barnaverndaryfirvöldum raunverulegt aðhald hvað þetta varðar og tryggi börnum og foreldrum lögvarinn rétt þeirra til reglulegrar umgengni.

Greinarhöfundar leggja því til að þessi mál verði skoðuð og löggjafinn leggi sig fram um að bæta stöðu forsjarlausra foreldra í samræmi við fyrrnefndar tillögur að úrbótum og að stjórnvöld vandi jafnframt til verka. Ábyrgð þeirra er mikil þegar kemur að jafn afdrifaríkri ákvörðun og að svipta barn og foreldri rétti þeirra til fjölskyldulífs. Ekkert foreldri á að standa frammi fyrir því að vera svipt rétti til að umgangast barn sitt án þess að veigamiklar ástæður liggi þar að baki. Þá á málsmeðferð að vera í samræmi við lög og málsmeðferðarreglur, bæði hjá stjórnvöldum og dómstólum. Það þjónar almennt ekki hagsmunum barns að leiðrétta ákvarðanir sem þessar eftir á, jafnvel þó að þær byggji á röngum grunni. Leiðrétting slíkra ákvarðana er almennt til þess fallin að raska stöðugleika barns og því er yfirleitt ekki aftur snúið þegar ákvörðun hefur verið tekin eins og sjá má á niðurstöðu Hæstaréttar í málum nr. 511/1998, 172/2003 og niðurstöðu Landsréttar í máli 673/2018.

## Heimildaskrá

Athugasemdir Barnaverndarstofu, dags. 9. september 2014 í máli nr. 2014040022/37.

Álit umboðsmanns Alþingis, dags. 3. maí 1989, í máli nr. 66/1988.  
<https://www.umbodsmadur.is/alit-og-bref/mal/nr/741/skoda/mal/>

Álit umboðsmanns Alþingis, dags. 27. október 1992, í máli nr. 661/1992.  
<https://www.umbodsmadur.is/alit-og-bref/mal/nr/42/skoda/mal/>

Álit umboðsmanns Alþingis, dags. 27. nóvember 2002, í máli nr. 3609/2002.  
<https://www.umbodsmadur.is/alit-og-bref/mal/nr/991/skoda/mal/>

Álit umboðsmanns barna á umgengni barns í varanlegu fóstri við foreldri, dags. 25. mars 2014.

Björg Thorarensen. 2005. Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar. Ritstj. Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir, *Mannréttindasáttmáli Evrópu - Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Mannréttindastofnun Háskóla Íslands og lagadeild Háskólans í Reykjavík, Reykjavík.

Björg Thorarensen. 2020. Staða Hæstaréttar í þrígreindu ríkisvaldi og eftirlit með valdmörkum skv. 2. gr. stjórnarskrárinnar. Ritnefnd: Þorgeir Örlygsson, Ásgerður Ragnarsdóttir, Garðar Gíslason, Guðrún Erlendsdóttir, Jóna Björk Helgadóttir, Karl Axelsson og Markús Sigurbjörnsson, *Hæstiréttur í hundrað ár*. Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík.

Björg Thorarensen, Eiríkur Tómasson, Páll Sigurðsson, Róbert R. Spanó og Viðar Már Matthíasson. 2006. *Um lög og rétt; Helstu greinar íslenskrar lögfræði*. Bókaútgáfan CODEX, Reykjavík.

Garðar Baldvinsson. 2006. *Ertu að skilja?* GB útgáfa ehf., Reykjavík.

Gunnar G. Schram. 1999. *Stjórnskipunarréttur*. Háskólaútgáfan, Reykjavík.

Hrefna Friðriksdóttir. 2013. *Handbók - Barnalög nr. 76/2003 með síðari breytingum*. Úlfjótur, Reykjavík.



Páll Sigurðsson. 2008. *Lögfræðiorðabókin*. Bókaútgáfan CODEX - Lagastofnun Háskóla Íslands, Reykjavík.

Páll Hreinsson. 2019. *Málsmeðferð stjórnvalda*. Fons Juris útgáfa ehf., Reykjavík.

Þyrí Halla Steingrimsdóttir: „Það sem barninu er fyrir bestu“. *Úlfjótur - tímarit laganema* (2004).

### ***Þingskjöl, lög og Alþjóðasamningar:***

Frumvarp til barnaverndarlaga, 318. mál, þingskjal 403 á 127. löggjafarþingi 2001-2002.

Frumvarp til barnalaga, 180. mál, þingskjal 181 á 128. löggjafarþingi 2002-2003.

Frumvarp til laga um vernd barna og ungmenna, 422. mál, þingskjal 680 á 115. löggjafarþingi 1991-1992.

Frumvarp til laga um ættleiðingar, 68. mál, þingskjal 68 á 125. löggjafarþingi 1999-2000.

Barnalög nr. 76/2003.

Barnaverndarlög nr. 80/2002.

Lög um Gæða- og eftirlitsstofnun velferðarmála nr. 88/2021.

Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994.

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

Lög um umboðsmann Alþingis nr. 85/1997.

Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.

Stjórnsýslulög nr. 37/1993.

**Dómar:**

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 83/2003, sem kveðinn var upp 19. júní 2003.

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 459/2015, sem kveðinn var upp 13. ágúst 2015.

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 15/2017, sem kveðinn var upp 15. feb. 2017.

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 334/2017, sem kveðinn var upp 21. júní 2017.

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 654/2017, sem kveðinn var upp 26. okt. 2017.

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 782/2017, sem kveðinn var upp 8. janúar 2018.

Dómur Landsréttar í máli nr. 128/2018, sem kveðinn var upp 18. maí 2018.

Dómur Landsréttar í máli nr. 673/2018, sem kveðinn var upp 25. janúar 2019.

[1] Inngangsorð samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 19/2013.

[2] Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, 1999: bls. 540.

[3] Frumvarp að lögum um ættleiðingar, þingskjal nr. 68/1999-2000.

[4] Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, 1999: bls. 540, 542.

[5] Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, 2013: bls. 10.

[6] Lrd. 25. janúar 2019 (673/2018).

[7] Garðar Baldvinsson: *Ertu að skilja?*, 2006: bls. 29.

- [8] Björg Thorarensen: *Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar*, 2005: bls. 301.
- [9] Frumvarp til barnaverndarlaga, þingskjal nr. 403/2001-2002.
- [10] Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, 2013: bls. 77 og 79.
- [11] Frumvarp til barnalaga, þingskjal nr. 181/2002-2003.
- [12] Lrd. 25. janúar 2019 (673/2018).
- [13] Frumvarp til barnaverndarlaga, þingskjal nr. 403/2001-2002.
- [14] Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, 2013: bls. 180.
- [15] Frumvarp til barnalaga, þingskjal nr. 181/2002-2003.
- [16] Frumvarp til laga um vernd barna og ungmenna, þingskjal nr. 115/1991-1992
- [17] Frumvarp til barnaverndarlaga, þingskjal nr. 403/2001-2002.
- [18] UA 3. maí 1989 (66/1988)
- [19] Hrd. 26. mars 1999 (511/1998)
- [20] Álit umboðsmanns barna á umgengni barns í varanlegu fóstri við foreldri, dags. 25. mars 2014.
- [21] Lögfræðiorðabók, bls. 281 og 419.
- [22] Um lög og rétt, bls. 116-117.
- [23] Um lög og rétt, bls. 119.

- [24] Málsmeðferð stjórnvalda, bls. 39.
- [25] Hrd. 19. júní 2003 (83/2003).
- [26] UA 27. nóvember 2002 (3609/2002).
- [27] Málsmeðferð stjórnvalda, bls. 129.
- [28] Um lög og rétt, bls. 134-135.
- [29] Um lög og rétt, bls. 143-147.
- [30] Þyri Halla Steingrímsdóttir, bls. 185 og 193.
- [31] Björg Thorarensen: *Staða Hæstaréttar í þrígreindu ríkisvaldi og eftirlit með valdmörkum ...*, 2020: bls. 84, 86.
- [32] Lrd. 25. janúar 2019 (673/2018).
- [33] Hrd. 13. ágúst 2015 (459/2015).
- [34] Athugasemdir Barnaverndarstofu, dags. 9. september 2014, í máli 2014040022/37.
- [35] Álit umboðsmanns barna á umgengni barns í varanlegu fóstri við foreldri, dags. 25. mars 2014.
- [36] Hrd. 13. ágúst 2015 (459/2015).
- [37] Hrd. 15. febrúar 2017 (15/2017).
- [38] Hrd. 8. janúar 2018 (782/2017).
- [39] Lrd. 25. janúar 2019 (673/2018).

[40] Lrd. 25. janúar 2019 (673/2018).

[41] Lrd. 18. maí 2018 (128/2018).

[42] Hrd. 21. júní 2017 (334/2017).

[43] Hrd. 26. október 2017 (654/2017).

[44] Lrd. 18. maí 2018 (128/2018).