

Hvað með föðurinn?*

Réttindi forsjarlausra fedra við afsal móður á forsjá.



Halldóra K. Hauksdóttir, hdl og Júlí Ósk Antonsdóttir, hdl

I. Inngangur

Foreldrajafnrétti og þá helst réttindi fedra hafa verið nokkuð í umræðunni undanfarið. Greinarhöfundar hafa í störfum sínum séð að lögin gera ekki greinarmun á réttindum mæðra og réttindum fedra, að öðru leyti en því að móðir fer ein með forsjá við fæðingu barns ef foreldrar eru ekki í hjúskap eða skráðri sambúð. Það er þó nokkur munur á réttindum lögheimilisforeldra og umgengnisforeldra, sem oftast eru fedur, en það er efni í aðra grein. Greinarhöfundum þótti því sláandi þegar upp kom mál ungs föður sem stóð uppi svo til réttindalaus gagnvart barni sínu af því er virðist af þeirri ástæðu einni að móðir hafði afsalað forsjá barnsins til barnaverndarnefndar.

II. Friðhelgi fjölskyldunnar

Fjölskyldan er grundvallareining samfélagsins og ber að veita henni nauðsynlega vernd.¹

Friðhelgi fjölskyldunnar er 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 stjkskr.).

* Grein þessi hefur staðist fræðilegar kröfur sem gerðar eru samkvæmt ritrýnireglum Lögfræðings
¹ inngangsorð samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 19/2013

Friðhelgin tekur til fjölskyldu í víðtækum skilningi og takmarkast ekki við að fjölskyldan búi saman á heimili. Ákvæðið tryggir rétt fjölskyldunnar m.a. til að vera saman, fara með forsjá og annast uppeldi barna sinna.²

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.³ Til að skerða rétt manna til að njóta fjölskyldulífs þarf skýrar lagaheimildir og brýna nauðsyn, sbr. 3. mgr. 71. gr. stj.skr. og 2. mgr. 8. gr. MSE.

II. 1. Réttindi barna til að þekkja báða foreldra sína og njóta umönnunar þeirra

Í dag er litið svo á að börn þurfi á báðum foreldrum sínum að halda, jafn mikið á báðum. Einnig að enginn geti komið í stað foreldranna – ekki einu sinni þótt annað eða bæði deyri⁴

Barn á rétt á að þekkja báða foreldra sína 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. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 19/2013 (barnasáttmálinn eða bs). Réttur þessi er mjög mikilvægur, því börn eiga rétt á að þekkja uppruna sinn og njóta umönnunar foreldra sinna, sbr. 1. mgr. 7. gr. bs. Barn á einnig rétt á forsjá foreldra sinna annars eða beggja uns það verður sjálfráða skv. 1. mgr. 28. gr. bl.

II.2. Réttindi barna til að vera ekki skilin frá fjölskyldu sinni

Þríhyrningurinn faðir, móðir og barn, er eitt sterkasta samband sem til er og talið lífsins ómögulegt að uppræta þennan þríhyrning.⁵

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 aðildarríkja 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.

Barnasáttmálinn leggur því mikið upp úr því að foreldrar beri ábyrgð á uppeldi barna sinna og skyldu aðildarríkja til að veita foreldrum viðeigandi stuðning til að sinna því hlutverki sínu. Það er því lögð rík áhersla á það tryggja að börn verði ekki skilin frá fjölskyldu sinni, nema

² Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, 1999: bls. 540, 542

³ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, 2013: bls. 10

⁴ Garðar Baldvinsson: *Ertu að skilja?*, 2006: bls. 29

⁵ Garðar Baldvinsson: *Ertu að skilja?*, 2006: bls. 29

slíkt teljist nauðsynlegt. Það er einnig mikilvægur þáttur í friðhelgi fjölskyldulífs að fjölskylda sé ekki skilin í sundur gegn vilja meðlima hennar.⁶ Aðildarríkjum barnasáttmálans ber því skylda til að tryggja að barn sé ekki skilið frá foreldrum sínum gegn vilja þeirra, nema þegar lögbær stjórnvöld ákveða samkvæmt viðeigandi lögum og reglum um málsmeðferð að aðskilnaður sé nauðsynlegur með tilliti til hagsmuna barnsins enda sé sú ákvörðun háð endurskoðun dómstóla, skv. 1. mgr. 9. gr. sáttmálans. Af þessu má leiða að ekkert barn skuli skilið frá foreldrum sínum, gegn vilja þeirra nema öll önnur úrræði hafi verið reynd án árangurs.

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 forsjárskyldum sínum er einnig lögfest í 2. mgr. 12. gr. laganna.

Í meginreglum barnaverndarstarfs kemur einnig fram það sjónarmið að barnaverndarstarf skuli stuðla að stöðugleika í uppvexti barns, sbr. 3. mgr. 4. gr. laganna. Leitast skuli því við að styðja og styrkja fjölskylduna með þeim úrræðum sem lögin mæla fyrir um og skuli ávallt 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. laganna og frumvarp að barnaverndarlögum. Í frumvarpinu 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 fyrirliggjandi 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.⁷

Ef nauðsyn ber til og ekki er unnt að tryggja velferð barns með stuðningi við fjölskyldu er unnt að vista barn tímabundið eða til frambúðar hjá öðrum en fjölskyldu. Þrátt fyrir að svo sé

⁶ Björg Thorarensen: *Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar*, 2005: bls. 301

⁷ Frumvarp að barnaverndarlögum

komið að foreldrar séu ekki hæfir til þess að tryggja velferð barns og nauðsynlegt sé að skilja það frá foreldrum sínum, á barnið rétt á að viðhalda fjölskyldutengslum sínum, sbr. 1. mgr. 8. gr. bs. Barn sem hefur verið skilið frá foreldrum sínum hefur jafnframt rétt til að halda persónulegum tengslum og beinu sambandi við báða foreldra sína með reglubundnum hætti, nema það sé andstætt hagsmunum þess, sbr. 3. mgr. 9. gr. bs. Barn á því rétt til umgengni við foreldra sína, ef það er ekki andstætt hagsmunum þess og á það ekki að hafa áhrif hvort barn býr aðeins hjá öðru foreldri sínu eða hvorugu þeirra, líkt og nánar verður fjallað um í IV. kafla.

III. Forsjá

Hugtakið forsjá er í raun tvíþætt hugtak og felur í sér annars vegar rétt og skyldu forsjármanns til að annast uppeldi og umönnun barns og hins vegar rétt og skyldu til að taka ákvarðanir í lífi barns.⁸

III.1. Forsjá við fæðingu barns

*Barn á rétt á forsjá foreldra sinna, annars eða beggja, uns það verður sjálfráða og eru þeir forsjárskyldir við það.*⁹

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 móðir sjálfkrafa ein með forsjá barnsins, sbr. 2. mgr. 29. gr. bl. og fer þar með ein með ákvörðunarvaldið hvað varðar barnið. Foreldrar geta þó samið um að fara sameiginlega með forsjá barnsins, sbr. 1. mgr. 32. gr. bl.

III.2. Forsjá við andlát forsjárforeldris

Ef foreldrar fara sameiginleg með forsjá barns og annað foreldrið fellur frá þá fellur forsjáin til eftirlifandi forsjárforeldris, hvort sem það foreldri er kynforeldri eða stjúpfareldri, sbr. 1. og 2. mgr. 30. gr. bl. Ef forsjárforeldri sem hefur farið eitt með forsjá barns fellur frá, þá fellur forsjá barnsins til hins foreldrisins, sbr. 3. mgr. 30. gr. bl., nema forsjárforeldri hafi skilið eftir sig formlega yfirlýsingu staðfesta af sýslumanni eða héraðsdóms- eða hæstaréttarlögmanni um það hver skyldi að því látnu fara með forsjá barns, sbr. 6. mgr. 30. gr. bl. Ef barn verður hins vegar forsjárlaust við andlát forsjárforeldris/forsjárforeldra fellur forsjá barnsins til barnaverndar-nefndar.

⁸ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, 2013: bls. 77

⁹ 1. mgr. 28. gr. barnalaga nr. 76/2003

Það er því ljóst að löggjafinn hefur litið svo á að réttast væri að hitt foreldrið færi með forsjá barns hvort sem eftirlifandi foreldri fór með forsjá barnsins eða ekki, nema ef stjúpforeldri hefur farið með forsjá barns, enda má þá ætla að það yrði barninu fyrir bestu að njóta áfram forsjár stjúpforeldris, enda er það líklegast til að tryggja hvað mestan stöðugleika í lífi barns.

III.3. Forsjá er forsjárforeldri afsalar sér forsjá til barnaverndar

Ef foreldri sem fer eitt með forsjá barns afsalar sér forsjá eða umsjá þess skal barnaverndarnefnd kanna grundvöll þess að ráðstafa barni til hins foreldrisins, sbr. 1. mgr. 67. gr. a. bvl. Það sama á við ef forsjárforeldri er svipt forsjá eða ef kveðinn er upp úrskurður um tímabundna vistun barns utan heimilis.

Þarna kemur aftur fram það sjónarmið löggjafans að ef forsjárforeldri er ekki fært um að fara með forsjá barns, sé réttast að hitt foreldrið taki við forsjá þess. Þetta er í anda áðurgreindra ákvæða um friðhelgi fjölskyldunnar og réttindi barna skv. barnasáttmálanum til að þekkja uppruna sinn og njóta umönnunar foreldra sinna og vera ekki skilið frá fjölskyldu sinni.

III.3.1. Réttindi forsjárlaus foreldris gagnvart barnaverndarnefnd

Ljóst er að forsjá leggur grunn að réttarstöðu foreldris og er því grundvallarmunur á réttarstöðu forsjárforeldris og forsjárlaus foreldris. Forsjárlaust foreldri á þó tiltekin réttindi og ber skyldur gagnvart barni sínu samkvæmt barnalögum. Foreldri sem ekki fer með forsjá barns síns á t.d. rétt til umgengni við barn og til upplýsinga um barn og ber skylda til að framfæra barn sitt hvort sem það fer með forsjá þess eða ekki.¹⁰

Í barnaverndarlögum er ekki rætt um forsjárforeldra og forsjárlaus foreldra heldur aðeins foreldra. Í 3. mgr. 3. gr. laganna segir að með foreldrum í lögnum sé átt við foreldra skv. I. kafla barnalaga, þ.e. móður og föður barns, sem oftast eru kynforeldrar. Í frumvarpi er þó tekið fram að í þeim tilvikum, sem gert er ráð fyrir víðtækri samvinnu við foreldra um beitingu úrræða þegar þess er þörf en jafnframt er gert ráð fyrir heimildum til beitingar þvingunarúrræða gegn foreldrum, og eftir atvikum barni, þegar nauðsyn krefur, sé eingöngu átt við foreldra sem fara með forsjá barna sinna.

¹⁰ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, 2013: bls. 79

III.3.1.1. Aðild að máli

Forsjárlausir foreldrar standa verr að vígi þegar kemur að barnaverndarmálum, heldur en þeir foreldrar sem fara með forsjá, þar sem barnaverndarnefndir hafa ekki viljað veita forsjárlausu foreldri aðild að máli.

Skilgreining á því hver sé aðili máls eða hvaða skilyrði eru sett fyrir aðild koma hvorki fram í barnaverndarlögum nr. 80/2002 né stjórnarsýslulögum nr. 37/1993. Lögskýringargögn gefa það hins vegar til kynna að aðildarhugtak í stjórnarsýslumálum 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. Líta beri til hvers tilviks fyrir sig, en almennt er sá talinn aðili að máli, sem á einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta.¹¹ Þá var það álit umboðsmanns Alþingis 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 stjórnarsýslumáli sem lyki með fósturráðstöfun barnaverndarnefndar og skyldu þar af leiðandi njóta aðildar að máli.

Með vísan til framangreinds hefði því mátt telja að rétt væri að forsjárlaust foreldri ætti aðild að máli, þar sem það hefur alla jafna einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta við úrlausn málsins, sérstaklega ef það hefur óskað eftir því að fá að vista barnið. Þeirri röksemd hefur þó verið hafnað af barnaverndarnefndum, sem halda sig við það að foreldri geti ekki átt aðild að máli, nema það fari með forsjá barns þess sem málið snýst um.

IV. Umgengni

Í réttinum til fjölskyldulífs felst meðal annars réttur foreldra og barna til að njóta samvista. Barn á rétt á að umgangast með reglubundnum hætti það foreldra sinna sem það býr ekki hjá, enda sé það ekki andstætt hagsmunum þess. Með umgengni er átt við samveru og önnur samskipti. Réttur þessi byggir á því að það komi barni að jafnaði best að rækta og viðhalda tengslum við það foreldri sem það býr ekki hjá. Réttur þessi er einnig nátengdur rétti barns til að þekkja báða foreldra sína.

Réttur barns til umgengni við foreldri sem það býr ekki hjá er lögfestur í 1. mgr. 46. gr. barnalaga, í greininni er jafnframt fjallað um skyldu foreldra til að tryggja að þessi réttur barnsins sé virtur. 2. mgr. greinarinnar fjallar svo um rétt og skyldu foreldris sem barn býr ekki hjá til að rækja umgengni við barn sitt og skyldu foreldris sem barn býr hjá til að stuðla að umgengni, nema umgengnin sé andstæð hag og þörfum barns að mati dómara eða lögmalets

¹¹ Niðurstaða Hæstaréttar í máli 83/2003.

stjórnvalds. Ljóst er því að réttur barns til umgengni við foreldri eða foreldra er mjög sterkur og mikið þarf til að koma í veg fyrir umgengni barns og foreldra. Það er aðeins á valdsviði dómara og lögmæltra stjórnvalda að ákvarða það hvort umgengni sé andstæð hag og þörfum barns. Foreldri eða aðrir geta því ekki ákveðið að umgengni sé andstæð hagsmunum barns og þarf því talsvert til að koma í veg fyrir umgengnisrétt barns við foreldri.

Þessi mikilvægi réttur er einnig varinn samkvæmt 3. mgr. 9. gr. barnasáttmálans, en skv. greininni ber aðildarríkjum virða rétt barns sem skilið hefur verið frá foreldri eða foreldrum sínum til að halda persónulegum tengslum og beinu sambandi við þau bæði með reglubundnum hætti, enda sé það ekki andstætt hagsmunum þess.

Inntak umgengni er ekki mótað í lögnum, en gert er ráð fyrir að foreldrar ákveði inntak umgengninnar eins og best hentar hagsmunum barns.¹² Komi foreldrar sér ekki saman um inntak umgengni úrskurðar sýslumaður um inntak umgengni, sbr. 47. gr. bl. Þarfir og aðstæður barna eru mismunandi og því talið betra að tekin sé ákvörðun um inntak umgengni með hliðsjón af hag og þörfum hvers barns fyrir sig hverju sinni í stað þess að setja almennar reglur um inntak umgengni. Almenn er lögð áhersla á rúman umgengnisrétt ef það þjónar hagsmunum barnsins, en þegar þarfir barnsins standa til þess er umgengnisréttur takmarkaður eða jafnvel enginn, t.d. ef umgengni þjónar ekki hagsmunum barns eða er barni beinlínis skaðleg, enda ber skv. 3. mgr. 76. gr. stjkskr. að tryggja börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst.

Heimilt er þegar sérstaklega stendur á að úrskurða um umgengni í allt að 7 daga af hverjum 14 dögum, sbr. 3. mgr. 47. gr. bl. Lágmarks Umgengni hefur hins vegar almennt verið talin umgengni um 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 býr hjá heldur því fram að hagsmunir og þarfir barns krefjist þess að umgengni verði ákveðin minni en að framan greinir, er almennt gerð sú krafa að foreldrið færi fram viðhlítandi rök til stuðnings máli sínu og sýni fram á sérstakar aðstæður sem réttlæti svo skerta umgengni.¹³

IV. 1. Réttur barns og foreldra til umgengni þegar barn er vistað utan heimilis

Þegar barn er vistað í fóstri á vegum barnaverndar þá nýtur barn áfram réttar til umgengni við foreldra sína eða aðra sem eru því nákomnir, skv. 1. mgr. 70. gr. bvl., nema það sé andstætt hagsmunum barnsins og fer um umgengni skv. 74. gr. laganna. 74. gr. bvl. inniheldur líkt og 46. og 46. gr. a bl. ákvæði um rétt barns til umgengni við foreldra og aðra sem eru því nákomnir er barn er í fóstri, nema umgengni sé bersýnilega andstæð hagsmunum og þörfum barnsins. 2.

¹² Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, 2013: bls. 180

¹³ Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*, 2013: bls. 181

mgr. 74. gr. bvl. inniheldur þó einnig ákvæði um að unnt sé að hafna umgengni ef hún er talin ósamrýmanleg þeim markmiðum sem stefnt er að með ráðstöfun barns þess í fóstur.

Við ráðstöfun barns í fóstur skal skv. 3. mgr. 74. gr. bvl. taka afstöðu til umgengni barns við foreldra og aðra nákomna og skal tekið mið af því hvað þjónar hagsmunum barnsins best. Í því skyni ber barnaverndarnefnd að gera samning við fósturforeldra um umgengni barns við foreldra eða aðra nákomna við ráðstöfun barns í fóstur, sbr. e lið 1. mgr. 68. gr. bvl. Ef ekki næst samkomulag um fyrirkomulag umgengni barns í fóstur hefur barnaverndarnefnd úrskurðarvald hvort sem það varðar rétt til umgengni, umfang umgengnisréttarins eða framkvæmd umgenginnar. Nefndin getur einnig úrskurðað um að foreldri eða aðrir njóti ekki umgengnisréttar ef sérstök atvik valda því, að mati barnaverndarnefndar, 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.

Ljóst er að réttur barns til umgengni við foreldra sína er vel tryggður samkvæmt lögum, bæði í barnalögum, barnasáttmálanum og barnaverndarlögum. Sjónarmið barnaverndarnefnda virðast þó vera önnur hvað varðar inntak umgengni og lágmarksungengni, þegar börn eru vistuð í fóstur, heldur en almennt gengur og gerist þegar um er að ræða umgengni samkvæmt barnalögum. 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 fóstur, að öðru leyti en því að unnt er að takmarka eða hafna umgengni samkvæmt barnaverndarlögum ef hún telst ekki samrýmast þeim markmiðum sem stefnt er að með ráðstöfun barns í fóstur. Í frumvarpi lögum nr. 80 frá 21. júní 2011 um breytingu á barnalögum nr. 80/2002 kemur þó 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 samkvæmt ákvæðum barnalaga. Af þessu má gagnálykta að umgengni barns við foreldri sem ekki hefur verið svipt forsjá skuli vera lík umgengni samkvæmt barnalögum og hefur sú ályktun verið staðfest af umboðsmanni barna í áliti sem leitað var eftir í tengslum við mál það sem reifað er í V. kafla.

Samkvæmt lögum og lögskýringargögnum er því grundvallarmunur á inntaki umgengni barns við foreldra eftir því hvort þeir hafa misst forsjá barns á grundvelli barnaverndarlaga eða eru forsjárlausir af öðrum orsökum. Því eðlilegt getur verið að takmarka umgengni barns við foreldra sem svipta hefur þurft umsjá barns þar sem það sé andstætt hag og þörfum barns að vera í umsjá foreldra og þar af leiðandi getur það einnig verið andstætt hagsmunum barnsins að umgangast foreldra sína. Að öðru leyti ætti barn í fóstur að geta notið jafn mikillar umgengni

við foreldri sitt eins og barn sem býr hjá öðru foreldri sínu, enda er réttur barns til umgengni við foreldri eða foreldra sá sami hvort sem barn er vistað í fóstri eða býr hjá hinu foreldrinu.

V. Mál ungs föður gagnvart barnaverndarnefnd

Ungur faðir eignaðist sitt fyrsta barn, hann var ekki í sambúð með barnsmóður sinni og fór hún því ein með forsjá barnsins skv. 2. mgr. 29. gr. Þau höfðu þó rætt um það að fara sameiginlega með forsjá barnsins, en ekki hafði verið gengið hjá því hjá sýslumanni líkt og lög gera ráð fyrir.

Ungi faðirinn kom að umönnun barnsins frá fyrsta degi og hafði ákveðnar áhyggjur af umönnun móður og gerði athugasemdir við móður þar að lútandi, sem móður líkaði illa. Móðir barnsins virðist þó hafa áttað sig á því að hún var ekki í stakk búin til þess að sinna barninu og afsalaði forsjá barnsins til barnaverndarnefndar. Barnaverndarnefnd tók því við forsjá barnsins og hófst handa við að finna barninu heimili. Við slíkar aðstæður ber barnaverndarnefnd að kanna grundvöll þess að ráðstafa barni til hins foreldrisins, sbr. 1. mgr. 67. gr. a. bvl.

Faðir barnsins óskaði eftir því að fá forsjá barnsins og fór þess á leit að barnið yrði vistað hjá honum tímabundið á meðan hæfi hans yrði metið. Barnaverndarnefnd gekk hins vegar framhjá honum þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. 67. gr. a bvl. og ráðstafaði barninu í fóstur án samráðs eða samþykkis föður, sem er einnig í andstöðu við 4. mgr. 67. gr. a bvl. Hann hugðist þá leita réttar síns, en kom alls staðar að lokuðum dyrum.

Í fyrsta lagi taldist hann ekki vera aðili máls þar sem hann fór ekki með forsjá barnsins og virti barnaverndarnefnd það að vettugi að hann hefði einstaklega og lögvarða hagsmuni af niðurstöðu máls og það að umboðsmaður Alþingis hefur látið í ljós það álit sitt að nánir vandamenn barns, sem sækist eftir að fóstura það, teljist hafa einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta í því stjórnarsýslumáli sem lyki með fósturráðstöfun barnaverndarnefndar og skyldu því njóta aðildar að máli.

Í öðru lagi taldi barnaverndarnefnd að sér væri ekki skylt að kanna grundvöll þess að ráðstafa barninu til föður. Nefndin taldi sér ekki skylt að kanna hæfi föður þrátt fyrir að lög geri ráð fyrir að kannaður sé grundvöllur þess að ráðstafa barni til hins foreldrisins við aðstæður sem þessar. Nefndin ráðstafaði barninu því í fóstur til 18 ára aldurs hjá vandalausum og eina skýringin sem hinn ungi faðir fékk á þeirri ráðstöfun var sú að nefndin hefði talið fósturforeldrana hæfari, þrátt fyrir að nefndin hafi aldrei metið hæfi hins unga föður.

Í þriðja lagi óskaði faðirinn eftir umgengni við barnið, þar sem barnaverndarnefnd hafði ákveðið að vista barnið í fóstri til 18 ára aldurs. Föðurnum tókst ekki að ná samkomulagi við barnaverndarnefnd um umgengni hans við barnið, enda var hann ekki tilbúinn til að fallast á tillögu barnaverndarnefndar um að umgengni skyldi fara fram tvisvar á ári í tvo tíma í senn.

Nefndin úrskurðaði því um umgengnina og var niðurstaðan að umgengni skyldi fara fram þrisvar á ári í 2 tíma í senn. Sú ákvörðun barnaverndarnefndar var kærð til kærunefndar barnaverndarmála sem staðfesti úrskurð nefndarinnar.

Faðirinn sendi kvörtun til Barnaverndarstofu, þar sem Barnaverndarstofa hefur eftirlit með störfum barnaverndarnefnda samkvæmt barnaverndarlögum. Í kvörtuninni voru settar fram athugasemdir við málsmeðferðina og jafnframt settar fram ýmsar spurningar í tengslum við verkferli og úrlausnir mála sem þessa. Barnaverndarstofa fór yfir vinnslu barnaverndarnefndar á máli barnsins og gerði einungis athugasemdir við það að málsmeðferðarreglur hafi ekki verið virtar þegar ákvörðun var tekin um umgengni föður við barnið. Í fyrsta lagi þar sem barnaverndarnefnd átti ekki 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 vegna þess að nefndin tók ekki ákvörðun um umgengni föður við barnið fyrr en 5 mánuðum eftir að barnið var vistað utan heimilis, sem stangast á við málshraðareglu barnaverndarlaga. Í þriðja lagi var gerð athugasemd við það að föðurömmu barnsins hafi verið synjað um að gera kröfu um umgengni við barnið þvert á lagaákvæði þar um. Í fjórða lagi var gerð athugasemd við það að faðir hafi 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 föður né svaraði spurningum er settar voru fram í kvörtuninni.

Faðirinn hefur því ekki aðra kosti en að leita til dómstóla, en málinu hefur verið stefnt fyrir héraðsdóm.

VI. Samantekt.

Ljóst er að friðhelgi fjölskyldulífs og réttindi barna til að umgangast og halda tengslum við fjölskyldu sína eru vel tryggð í lögum, samanber umfjöllun í II., III. og IV. kafla þessarar greinar. Það er þó spurning hversu vel þessi réttindi eru tryggð í framkvæmd með vísan til V. kafla, þar sem fjallað er um mál sem greinarhöfundar þekkja vel til.

Miðað við framgang þess máls virðist barnaverndarnefnd ekki telja sig bundna af fyrrnefndum lagaákvæðum og telji réttmætt að gengið sé framhjá föður án þess að kanna sérstaklega grundvöll þess að ráðstafa barninu til hans af þeirri ástæðu einni að það séu einhverjir aðrir hæfari til að annast barnið.

Greinarhöfundar telja að framgangur málsins sé í andstöðu við lög, en friðhelgi fjölskyldunnar eru stjórnarskrárvarin réttindi og hefur komið fram að friðhelgin taki til fjölskyldu í víðtækum skilningi, en ekki aðeins til fjölskyldu sem býr saman á heimili og verður því að telja að friðhelgin nái einnig til forsjárlauss foreldris og barns þess. Það þarf skýrar

lagaheimildir og brýna nauðsyn til að skerða rétt manna til að njóta fjölskyldulífs, en ekkert bendir til þess að þau skilyrði séu uppfyllt í málinu.

Barnaverndarnefnd braut ekki aðeins gegn friðhelgi fjölskyldunnar við áðurgreinda málsmeðferð, heldur braut barnaverndarnefnd einnig gegn skyldum sínum til að kanna grundvöll þess að fela föður forsjá barnsins skv. 1. mgr. 67. gr. a í barnaverndarlögum. Ákvæðið var lögfest í samræmi við þá staðreynd að forsjárlaust kynforeldri hefur ákveðna stöðu að lögum gagnvart barninu, sbr. frumvarp að barnaverndarlögum. Sú staða föður virðist hins vegar alfarið hafa verið virt að vettugi við málsmeðferð barnaverndarnefndar. Ekki er unnt að fallast á að í stuttu samtali við föður og samtali við lögreglu felist könnun á grundvelli þess að ráðstafa barni til föður. Barnaverndarnefnd hefði átt að kanna forsjárhæfni föður og tengsl hans við barnið.

Barnaverndarnefnd braut jafnframt gegn ákvæði 4. mgr. 67. gr. a. bvl. þar sem ekki var leitað umsagnar föður áður en barninu var ráðstafað í fóstur. Þá hélt barnaverndarnefnd því leyndu fyrir föður hvar barnið var vistað þrátt fyrir að meginreglan sé að foreldrar séu upplýstir um dvalarstað barna sinna, nema úrskurðað sé, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, um að dvalarstað barns skuli haldið leyndum.

Meginregla barnaréttar er sú að það sem er barninu fyrir bestu skuli hafa forgang þegar teknar eru ákvarðanir um málefni barns og er þessi regla lögfest í barnasáttmálanum, barnalögum og barnaverndarlögum. Í þessu ljósi ber að nefna að almennt er talið barni fyrir bestu að alast upp hjá eigin fjölskyldu og að stöðugleiki ríki í uppvexti þeirra. Þá kemur einnig fram í frumvarpi að barnaverndarlögum að meginmarkmið laganna sé að öll börn á Íslandi búi við viðunandi aðstæður, en barnaverndaryfirvöldum sé ekki falið það verkefni að stuðla að því að öll börn búi við bestu mögulegu aðstæður. Fullyrðing barnaverndarnefndar um að umræddir fósturforeldrar væru hæfari en hinn ungi faðir getur því ekki talist gild ástæða. Í fyrsta lagi vegna þess að barnaverndarnefnd kannaði ekki hæfi föður og lá því ekkert fyrir um forsjárhæfni hans þegar ákvörðunin var tekin og því með öllu óljóst hvernig unnt er að komast að þeirri niðurstöðu að þau séu hæfari en hann þegar hæfi hans var aldrei kannað. Í öðru lagi þá er ekki markmið barnaverndar að barn búi hjá þeim sem er hæfastur, heldur er markmiðið fyrst og fremst að börn fái að alast upp hjá eigin fjölskyldu, nema það sé andstætt hagsmunum þess. Þess ber að geta að aldrei hefur komið neitt fram um að það væri andstætt hagsmunum barnsins að búa hjá föður sínum.

Barnaverndarnefnd braut einnig á réttindum föður með því að neita honum um aðild að málinu, þar sem hann hafði einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta við meðferð málsins. Enda er hann faðir barnsins sem verið var að vista í fóstur og hafði einnig farið sjálfur fram á að fá forsjá barnsins eða a.m.k. að fá að fóstura það á meðan forsjárhæfni hans væri metin.

Sú umgengni sem faðir fékk við barnið er einnig andstæð lögum, en ekkert hefur komið fram í málinu sem réttlætt getur þá takmörkuðu umgengni sem faðir nýtur við barnið. Réttur barns til að umgangast foreldra sína er sá sami hvort sem um er að ræða umgengni skv. barnalögum eða barnaverndarlögum, nema foreldri hafi misst forsjá barns á grundvelli barnaverndarlaga. Faðir barnsins var ekki sviptur forsjá, heldur fékk hann ekki sjálfkrafa forsjá við fæðingu barnsins og ekki hafði verið gengið fá samkomulagi um sameiginlega forsjá hjá sýslumanni og gengið var framhjá honum er móðir afsalaði sér forsjá. Það virðist þó oft vera litið á forsjárleysi sem vanhæfi þó forsjárleysi á grundvelli barnalaga hafi ekkert með hæfi að gera.¹⁴

Þá liggur ekkert fyrir um að það sé andstætt hagsmunum barnsins að umgangast föður sinn og ætti hann því að njóta hefðbundinnar umgengni við barnið. Þrátt fyrir það fær hann aðeins takmarkaða umgengni við barn sitt og er þar brotin sú regla barnaréttar að barn eigi rétt á að þekkja báða foreldra sína. Jafnframt er brotið á rétti barnsins á að viðhalda fjölskyldutengslum sínum, sbr. 1. mgr. 8. gr. og 3. mgr. 9. gr. bs. Þar sem ómögulegt verður að telja að barnið geti kynnst föður sínum þegar það fær aðeins að eyða 6 klukkustundunum með honum á ári og það inni á heimili fósturforeldra og undir eftirliti barnaverndar.

Þegar gerð var athugasemd við barnaverndarnefnd um að hin takmarkaða umgengni bryti á rétti barnsins voru svör nefndarinnar á þá leið að það væri ekki markmið fóstursins að barnið þekkti eða tengdist foreldrum sínum og að umgengni væri almennt með þessum hætti í sambærilegum málum. Þessi afstaða barnaverndar styðst ekki við nein lagarök, nema þá helst að umgengni barns við foreldra samrýmdist ekki markmiðum fóstursins. Til þess að svo gæti verið þá yrði markmið fóstursins að vera það að barn þekkti ekki eða tengdist foreldrum sínum, sem er í andstöðu við réttindi barna samkvæmt barnalögum og barnasáttmálanum.

VII. Lokaorð.

Það liggur ljóst fyrir samkvæmt framangreindu að löggin gera ekki greinarmun á réttindum foreldra eftir því hvort um er að ræða móður eða föður, að öðru leyti en við sjálfkrafa forsjá móður við fæðingu barns ef hún er ekki í hjúskap eða sambúð með föður líkt og áður hefur komið fram.

Vandinn liggur því ekki í lögnum, heldur er það í framkvæmd sem foreldrum virðist vera mismunað eftir því hvort um er að ræða móður eða föður, foreldri með forsjá eða forsjárlaust foreldri. Feður virðast oft þurfa að hafa meira fyrir því að sýna fram á hæfi sitt til að fara með forsjá barns, en mæður, sem geta fengið forsjá sjálfkrafa án þess að vera hæfar, líkt og í áðurgreindu máli. Á meðan faðir barnsins gat ekki fengið forsjá, þrátt fyrir að vera hæfur til að fara með forsjá barnsins, þar sem hann þótti ekki vera

¹⁴ Ummæli frá félagi um foreldrajafrétti

hæfari en mögulegir fósturforeldrar, sem gengur þvert á lagaákvæði um friðhelgi fjölskyldunnar og markmið barnaverndarlaga.

Það er þó von greinarhöfunda að barnaverndarnefndir fari almennt að lögum og gæti að réttindum barna og feðra eða forsjárlausra foreldra í málum sem þessum. Ekki liggur fyrir hvernig framkvæmdin er alla jafna í málum sem þessu, þar sem upplýsingar um barnaverndarmál eru ekki opinberar og engin svör bárust frá Barnaverndarstofu hvað þetta varðar. Vonin er því sú að mál þetta sé einsdæmi, en samkvæmt félagi um foreldrajafnrétti er eitthvað um að barnavernd horfi framhjá föður þegar barn er tekið af heimili. Það sé þó minna um það nú, þar sem mun algengara er orðið að foreldrar fari sameiginlega með forsjá barna sinna. Þá má einnig benda á að Barnaverndarstofa fór yfir vinnslu málsins, en komst að þeirri niðurstöðu að vinnsla málsins hafi almennt verið í réttum farvegi og gerir engar athugasemdir við það að það hafi algerlega verið gengið framhjá föður við ráðstöfun barnsins. Þrátt fyrir að lög mæli fyrir um annað, svo ljóst er að það var ekki einungis barnaverndarnefnd sem brást í málinu, heldur einnig Barnaverndarstofa.

Heimildaskrá

Bækur:

Björg Thorarensen: „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 2005)

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

Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*. (Reykjavík: Háskólaútgáfan, 1999).

Hrefna Friðriksdóttir: *Handbók*. (Reykjavík: Úlfjótur, 2013).

Lög og Alþjóðasamningar:

Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33 frá 17. júní 1944.

Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62 frá 19. maí 1994

Lög um samning sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins nr. 19 frá 6. mars 2013

Barnalög nr. 76 frá 27. mars 2003

Barnaverndarlög nr. 80 frá 10. maí 2002

Dómar:

Hæstaréttardómur nr. 83/2003

Álit umboðsmanns Alþingis

Álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 3609/2002