

## Frumvarp til laga

um breytingu á barnalögum, nr. 20/1992.

Flm.: Ásta R. Jóhannesdóttir, Össur Skarphéðinsson,  
Guðmundur Árni Stefánsson, Einar Már Sigurðarson.

### 1. gr.

Við 1. mgr. 41. gr. laganna bætist nýr stafliður, svohljóðandi: maður sem leiðir að því líkur að hann geti verið faðir barns er búsettur hér á landi.

### 2. gr.

42. gr. laganna orðast svo:

Faðernismál má höfða á heimilisvarnarþingi móður, manns sem telur sig vera föður barns eða varnaraðila, sbr. og 2. mgr.

Nú á sóknaraðili ekki varnarþing hér á landi og má þá höfða mál á varnarþingi móður barns eða þess manns sem telur sig vera föður barns, eða því varnarþingi sem annað þeirra átti síðast hér á landi ef þau eru farin af landi eða ókunnugt er hvar þau eru niður komin eða á varnarþingi þar sem með bú þeirra er farið.

Höfða má mál á varnarþingi barns ef varnarþingi hér á landi skv. 1. og 2. mgr. er ekki til að dreifa eða fyrir öðrum dómstóli hér á landi samkvæmt ákvörðun dómsmálaráðuneytis.

### 3. gr.

43. gr. laganna orðast svo:

Sóknaraðili faðernismáls er móðir barns, barnið sjálft eða maður sem leiðir að því líkur að hann geti verið faðir barns. Nú hefur móðir barns höfðað mál og hún andast áður en máli er lokið og getur þá einstaklingur eða það sveitarfélag sem við framfærslu barns hefur tekið að nokkru eða öllu haldið áfram málinu.

Varnaraðili máls er sá maður eða þeir menn sem taldir eru hafa haft samfarir við barnsmóður á getnaðartíma barns eða móðir barns. Nú er varnaraðili látinn áður en mál er höfðað og má þá höfða það á hendur búi hans. Varnaraðili máls getur einnig verið sá einstaklingur eða það sveitarfélag sem við framfærslu barns hefur tekið að nokkru eða öllu við andlát móður.

Ef víst má þykja eða líklegt að fleiri hafi haft samfarir við móður á getnaðartíma barns skal stefna þeim báðum eða öllum ef móðir barns er sóknaraðili máls.

### 4. gr.

45. gr. laganna orðast svo:

Meðan á meðferð faðernismáls stendur á sóknaraðili kröfu á liðsinni barnaverndarnefndar eftir því sem dómari telur þörf á.

Sóknaraðili faðernismáls skal hafa gjafsókn í héraði og fyrir Hæstarétti.

## 5. gr.

47. gr. laganna orðast svo:

Aðilum máls er skylt, eftir kröfu dómara, að mæta fyrir dómi og gefa skýrslu sem þeim er unnt að gefa fyrir dómi og leggja sig eða barnið undir blóðrannsókn eða aðra sérfræðilega rannsókn sem dómari mælir fyrir um.

## 6. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 48. gr. laganna:

- a. Í stað orðsins „varnaraðilum“ í 1. másl. kemur: þeim manni eða þeim mönnum sem eru taldir hafa haft samfarir við barnsmóður á getnaðartíma barns.
- b. Í stað orðsins „varnaraðila“ í 3. másl. kemur: þess manns eða manna sem taldir eru hafa haft samfarir við barnsmóður á getnaðartíma barns.

## 7. gr.

Síðari málsliður 49. gr. laganna orðast svo: Fulltrúi barnaverndarnefndar getur sótt dómþing með aðilum.

## 8. gr.

Lög þessi öðlast þegar gildi.

## Greinargerð.

Tilgangur þessa máls er að bæta úr þeim ágalla á barnalögum að einungis móðir og barn geti átt aðild að barnsfaðernismáli. Mál þetta var áður flutt á 125. þingi, en Hæstiréttur Íslands kvað upp þann dóm 18. desember 2000 að þessi ágalli á barnalögum brjóti í bága við 70. gr. stjórnarskrár.

Faðerni barna er ákvarðað með fernum hætti samkvæmt núgildandi lögum. Í fyrsta lagi verða börn sem fæðast í hjúskap foreldra sjálfkrafa börn eiginmanns. Hér gildir svokölluð faðernisregla eða „pater-est“-reglan sem byggist á því að svo sterkar líkur séu fyrir því að barnið sé getið við samfarir konunnar við eiginmann sinn að gengið er út frá því sem reglu. Reglan er því öðrum þræði hagkvæmnisregla en hún miðar einnig að því að vernda barnið og fjölskylduna í heild meðan þau vilja sjálf una við niðurstöðu reglunnar. Í öðru lagi nær reglan einnig til barna sambýlisfólks þegar foreldrar búa saman við fæðingu barnsins en er þó bundin því skilyrði að móðir hafi lýst mann föður. Í þriðja lagi verður barn sem fæðist utan hjónabands eða sambúðar feðrað með faðernisviðurkenningu þess manns sem móðir kennir föður þess. Í fjórða lagi verður barn fætt utan hjónabands eða sambúðar feðrað með dómi í faðernismáli gangist maður sem móðirin hefur lýst föður barns ekki við faðerninu.

**Réttarþróun hér á landi.**

Mikilvægustu réttarheimildina á sviði feðrunar barna er að finna í barnalögum, nr. 22/1992, en þau eru jafnframt mikilvægasti lagabálkurinn á sviði barnaréttar. Barnalögunum má að efni til skipta í þrennt, þ.e. ákvörðun á faðerni barna og dómsmál vegna faðernis í II. og VII. kafla, um framfærslu barna í III., V. og IX. kafla og um forsjá og umgengnisrétt í VI., VII. og IX. kafla. Barnalögin frá 1992 leystu af hólmi barnalög, nr. 9/1981, sem voru fyrstu sinnar tegundar hér á landi. Fyrir árið 1981 giltu lög nr. 57/1921, um afstöðu foreldra til skilgetinna barna, og lög nr. 87/1947, um afstöðu foreldra til óskilgetinna barna.

Með barnalögum frá 1981 varð mikil breyting á réttarstöðu barna á Íslandi. Stigið var stórt skref í átt að því að afnema mismuninn á milli skilgetinna og óskilgetinna barna og var jafnframt leitast við að jafna félagslega stöðu barna með ákvæðum um framfærslu þeirra. Fyrir gildistöku laganna frá 1981 áttu börn ekki sjálfstæðan rétt til umgengni við feður sína né heldur áttu feður rétt til umgengni við börn sín. Það var því fyrst árið 1981 sem börn á Íslandi öðluðust sjálfstæða réttarstöðu gagnvart foreldrum sínum án tillits til stöðu þeirra. Með lögnum frá 1992 var sjálfstæð réttarstaða barns gagnvart foreldrum sínum styrkt, réttarstaða barna varð hin sama án tillits til hjúskaparstöðu foreldra og gengið enn lengra í þá átt að jafna stöðu foreldra með því að styrkja réttarstöðu föður.

Árið 1989 samþykkti allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna samning um réttindi barnsins, The Convention on the Rights of the Child. Samningurinn var staðfestur fyrir Íslands hönd árið 1990. Markmið hans er að vernda börn í heiminum og byggist hann á því að börn hafi hvorki þroska til að skilgreina þarfir sínar né til að fylgja eftir réttindum sínum og þess vegna verði aðrir að gera það fyrir þau. Samkvæmt samningnum skulu börn hafa sjálfstæð réttindi óháð vilja foreldra eða annarra forráðamanna.

### **Skylda til feðrunar.**

Í íslenskum rétti er ekki að finna ákvæði sem skyldar móður til að feðra barn sitt og karlmaður sem telur sig vera föður að barni hefur engin bein lagaúrræði til að fá skorið úr um hugsanlegt faðerni sitt ef móðirin lýsir hann ekki föður. Þó má lesa úr barnalöggjöfinni þau grundvallarsjónarmið að ekki sé einungis æskilegt að börn verði feðruð heldur einnig að þau verði réttilega feðruð. Það birtist m.a. í því að ákveði móðirin að feðra ekki barn sitt öðlast hún ekki rétt til barnalífeyris skv. 14. gr. almannatryggingalaga. Öðru máli gegnir ef móður tekst ekki að feðra barn sitt þrátt fyrir tilraunir til þess. Þá öðlast hún rétt til greiðslu barnalífeyris frá hinu opinbera en hún þarf að leggja fram gögn sem sýna að ferðrun hafi ekki tekist. Þá miða mörg ákvæða barnalaganna að því að niðurstaðan í faðernismálum leiði til réttis faðernis, þ.e. að sá maður sem lagði til sæði sem náði að frjóvga egg móðurinnar verði ákvarðaður faðir barnsins. Þannig eru gerðar strangar form- og hæfiskröfur til faðernisviðurkenningar, svo sem í reglum um lögræði sem varða aldur og andlegt hæfi. Komi í ljós að fleiri en hinn lýsti faðir hafi haft samfarir við móður á líklegum getnaðartíma barnsins er ekki tekið mark á viðurkenningu heldur verður að höfða mál. Reglur um málsmeðferð barnsfaðernismála mótast einnig af því að faðir og barn hafi hagsmuni af því að niðurstaðan leiði til þess að kynfaðir verði jafnframt faðir að lögum. Hið opinbera hefur og hagsmuni af feðrun barns.

### **Hagsmunir barnsins af því að vera feðrað.**

Barnalöggjöfin byggist á því meginsjónarmiði að barnið hafi sjálfstæða réttarstöðu gagnvart foreldrum og öðrum og sama gildir um barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna. Þessi réttindi barnsins geta verið lagaleg, félagsleg, efnahagsleg og menningarleg. Reglurnar miða að því að koma til móts við þarfir barnanna og þjóna hagsmunum þeirra. Þegar hagsmunir barns rekast á hagsmuni annarra, t.d. foreldra, skulu hagsmunir annarra víkja en hagur og þarfir barnsins sitja í fyrirrúmi.

Samkvæmt íslenskum lögum og alþjóðasamningum eiga börn rétt til verndar og umönnunar foreldra sinna. Um leið og slík réttindi eru virt er sú skylda lögð á herðar foreldrum að þau gegni þessum uppeldisskyldum. Í skyldunni felst að tryggja barni öryggi, sjá fyrir líkamlegum þörfum þess, sýna barni umhyggju og nærfærni og sjá til þess að barnið fái menntun í

samræmi við hæfileika og áhugamál. Því má segja að réttur barnsins til umönnunar kynföður síns sem vill taka þátt í uppeldinu sé sjálfstæður réttur þess. Lagarök þessa sjálfstæða réttar eru byggð á sálfræðilegum og félagslegum viðhorfum, svo sem þörfinni til að þekkja réttan uppruna sinn og nauðsyn persónulegra tengsla við sína nánustu sem er mikilvægt fyrir mótun sjálfsmyndar og almennan þroska barnsins. Í 1. mgr. 7. gr. barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna segir að börn eigi rétt á að þekkja foreldra sína og njóta umönnunar þeirra.

Ljóst er að börn hafa og fjárhagslega hagsmuni af réttri feðrun. Fyrir utan framfærslu föður njóta þau erfðaréttar eftir föður og föðurfrændur og þau geta öðlast skaðabótarétt fyrir missi framfæranda og lífeyrisréttindi við lát foreldris.

### **Rétti föður til umgengni við barn sitt verður að fullu jafnað við rétt móður.**

Í réttarvitund almennings er krafan um jafnan rétt eintaklinga orðin sjálfsgöð og hefur náð að lita innviði samfélagsins. Þetta hefur speglast í löggjöf Vesturlanda. Þannig hefur réttarþróun miðað að því að jafna stöðu íslenskra barna án tillits til ytri aðstæðna, svo sem hjúskaparstöðu foreldra. Þróunin hefur einnig mætt kröfunni um að jafna beri stöðu foreldra gagnvart börnum sín með því að styrkja réttarstöðu föður, t.d. þegar óvígðri sambúð var jafnað við hjúskap við feðrun. Það gerðist einnig með lögfestingu réttar föður til umgengni við óskilgetið barn sitt. Þá hefur löggjafinn leitast við að jafna stöðu foreldra í ágreiningsmálum um forsjá og lögfest reglu um sameiginlega forsjá. Því er réttarstaða fedra í faðernismálum í hrópandi andstöðu við almenna réttarvitund og eðlilega þróun í jafnréttismálum á Íslandi. Hagsmunum föður af því að hafa samskipti við barn sitt verður að öllu leyti jafnað við hagsmuni móður. Því er það andstætt lögum nr. 97/1995 sem kveða á um að allir skuli jafnir fyrir lögum án tillits til kynferðis. Það er einnig í andstöðu við 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. lög nr. 97/1995, og alþjóðasamninga á sviði jafnréttismála, sbr. 8. gr. laga um mannréttindasáttmála Evrópu, nr. 62/1994, þar sem kveðið er á um rétt manna til friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta, og í 14. gr. sömu laga er mælt fyrir um að þessi réttindi skuli tryggð án nokkurs manngreinarálits, svo sem vegna kynferðis.

### **Rétturinn til óháðra dómstóla.**

Í 70. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. lög nr. 97/1995, er kveðið á um að menn skuli almennt eiga rétt á að bera mál sín undir dómstóla. Takmörkun á aðgangi þeirra sem telja sig vera föður barna að dómstólum landsins gæti því verið í andstöðu við regluna sem tryggir aðgang manna að dómstólum og rétt þeirra til að fá þar úrlausn um hagsmuni sína, hvort sem er í einkamálum eða sakamálum. Rétturinn er einnig tryggður í mannréttindasáttmála Evrópu sem hefur verið lögfestur hér í heild og alþjóðasamningi um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi.

### **Í andstöðu við réttarvitund almennings.**

Fjölskyldumynstrið hefur breyst ört á síðustu árum og í sífellt fleiri fjölskyldum er aðeins eitt foreldri ásamt barni eða börnum. Nú eru einstæðir foreldrar orðnir 8.665 og fara þeir með forsjá 12.479 barna. Árið 1996 fæddist 2.181 barn í sambúð foreldra en 445 börn utan sambúðar eða hjúskapar. Feðrun 2.626 barna ákvarðaðist því við faðernisviðurkenningu, dóm eða á grundvelli faðernisreglunnar eftir að móðir hafði lýst tiltekinn mann föður að barni. Kjósi móðirin að fedra ekki barn sitt er maður sem telur sig vera hinn rétta kynföður varnarlau, hann getur ekki aðhafst og verður að una algjöru forræði móður.

Hér hefur verið bent á að reglur barnalaga miða að mörgu leyti að því að kynfaðir verði jafnframt faðir að lögum, en það er einnig stefna laganna að það gerist með sem minnstri röskun fyrir móðurina. Í seinni tíð hefur faðernismálum fækkað mjög og koma þar til órar framfarir í vísindum og tækni við rannsóknir í mannfæðisfræði. Niðurstaða slíkra rannsókna kemst svo nálægt því að staðreyna rétt faðerni að nær öruggt er að dómari legði hana til grundvallar í dómi sínum. Þegar niðurstaða er fengin kemur viðurkenning oftast í kjölfarið og er dómsmál því óþarft eða fellur niður ef það hefur þegar verið höfðað. Því er vart um að ræða verulega röskun og óþægindi fyrir móður af málarekstrinum. Þá er og ólíklegt að kostnaður ríkisins af rekstri faðernismála verði mikill þótt lögbundin gjafsókn haldist hjá sóknaraðilum án tilltis til þess hver höfðar málið. Hið opinbera hefur og fjárhagslega hagsmuni af því að barn verði feðrað. Reglu sem felur í sér slíka mismunun kynjanna og stríðir gegn almennri réttarvitund ætti að leiðrétta til samræmis við breyttan tíðaranda. Þótt mál af þessu tagi hafi í raun ekki verið mörg felur fjöldi þeirra barna sem feðruð eru að undangenginni yfirlýsingu móður í sér hættu á að slík mál komi upp og vert er að koma í veg fyrir það. Þá er fjöldi ágreiningamála ekki mælikvarði á tíðni tilvika því að búast má við því að einhverjir gefist upp og leiti ekki réttar síns þegar í ljós kemur að þeir eiga ekki aðgang að dómstólum til að fá skorið úr réttindum sínum og skyldum.

*Athugasemdir við einstakar greinar frumvarpsins.*

Um 1. gr.

Greinin er efnislega óbreytt að öðru leyti en því að gert er ráð fyrir að maður sem leiðir að því líkur að hann geti verið faðir barns geti sótt málið.

Um 2. gr.

Greinin er efnislega óbreytt að öðru leyti en því að gert er ráð fyrir að móðir barns og barnið sjálft geti verið varnaraðili málsins þegar maður sem telur sig vera föður barnsins og vill fá úr því skorið geti sótt málið.

Um 3. gr.

Hér er vikið frá meginreglu 43. gr. barnalaga um sóknar- og varnaraðila í barnsfaðernismálum. Gert er ráð fyrir að líklegur faðir geti höfðað feðrunarmál telji hann sig vera föður tiltekins barns.

2. málsl. 1. mgr. er samhljóða 2. málsl. 1. mgr. 43. gr. barnalaga. Þar er að finna reglu um fyrirvar þegar móðir andast eftir að hafa höfðað mál og áður en niðurstaða liggur fyrir og er þá gert ráð fyrir að framfærandi barns taki við rekstri málsins.

Í 2. mgr. er í samræmi við breytingar varðandi sóknaraðila. Hér er gert ráð fyrir að móðir barns og barnið geti einnig verið varnaraðilar. Reglan um að höfða megi mál á hendur búi varnaraðila sem teljast verður líklegur faðir er óbreytt. Þá er lagt til að höfði líklegur faðir mál til feðrunar geti hann höfðað mál á hendur þeim aðila sem hefur haft með höndum framfærslu barns, einstaklingi eða sveitarfélagi.

3. mgr. er samhljóða 3. mgr. 43. gr. barnalaga.

Um 4. gr.

Hér er lagt til að sóknaraðili skuli eiga kröfu á liðsinni barnaverndarnefndar eftir því sem dómari telur þörf á og tekur það einnig til þess þegar líklegur faðir hefur höfðað málið, enda verður að telja að liðveisla barnaverndarnefndar miði að því að vernda hagsmuni barnsins.

Þá er einnig lagt til að hin lögbundna gjafsókn nái einnig til föður höfði hann barnsfaðernismál.

Um 5. gr.

Lagt er til að móðurinni verði eins og öðrum gert skylt að mæta fyrir dómi og gefa skýrslu að kröfu dómara. Þá verði henni gert skylt eins og öðrum aðilum máls að leggja sig og barnið undir blóðrannsókn eða aðra sérfræðilega rannsókn sem dómari mælir fyrir um.

Um 6. gr.

Greinin er efnislega óbreytt að öðru leyti en því sem varðar aðildina. Hér er miðað við að varnaraðildin sé ekki einvörðungu bundin við líklegan föður.

Um 7. gr.

Gert er ráð fyrir að fulltrúi barnaverndarnefndar geti sótt þing með barnsmóður, barni eða líklegum föður. Í reynd mundi lögmaður aðila sækja þing með honum.

### Fylgiskjal.

*Bergþóra Ingólfsdóttir,  
Dýrleif Kristjánsdóttir,  
Edda Björk Andradóttir,  
Guðríður A. Kristjánsdóttir,  
Gunnhildur Pétursdóttir,  
Marín Ólafsdóttir,  
Sigríður Anna Ellerup.*

#### **Pater est – aðild þriðja manns að véfengingarmáli.**

(Rannsóknarverkefni unnið af Mannréttindahóp ELSA Ísland 2000–2001.  
Mannréttindaskrifstofa Íslands, rit nr. 7., Reykjavík 2001.)

#### **Formáli**

Samstarf ELSA Ísland (samtök evrópskra laganema á Íslandi) og Mannréttindaskrifstofu Íslands hófst af einhverri alvöru á vordögum 1999. Þá settust niður Anna Dögg Hermannsdóttir, þáverandi mannréttindafulltrúi ELSA, og Bjarney Friðriksdóttir framkvæmdastjóri Mannréttindaskrifstofunnar og ákváðu að vinna saman eitt verkefni á ári. Ragnar Aðalsteinsson hrl., formaður stjórnar Mannréttindaskrifstofu Íslands, var einnig til ráðgjafar um verkefnið. Fyrsta verkefnið var könnun á réttarstöðu þeirra sem skipt hafa um kyn og lauk því með málþingi í Kornhlöðunni í janúar 2000.

Hluti af markmiðum ELSA er að koma á fót lagarannsóknarnefndum sem kanna laga- og dómaframkvæmd í Evrópu. Þetta starf er í samræmi við þessi markmið. Ætlun ELSA og Mannréttindaskrifstofunnar er að kanna dóma Mannréttindadómstóls Evrópu (hér eftir MDE) og gera athugun á því hvort framkvæmdir á Íslandi er í samræmi við dómaframkvæmd hans.

Fyrstu skrefin eru því alltaf könnun á dómum MDE í því skyni að finna þar mál sem hafa þýðingu á Íslandi.

### 1. Inngangur

Upphaf þessa verkefnis var að undirrituð, mannréttindafulltrúi ELSA árið 2000, fór á fund Bjarneyjar og ákváðum við að verkefni þessa árs yrði að skoða tvo dóma MDE sem fjalla um faðernisregluna. Ég kom svo saman lagarannsóknarnefnd en í henni eru auk mín: Bergþóra Ingólfssdóttir, Dýrleif Kristjánsdóttir, Guðríður A. Kristjánsdóttir, Gunnhildur Pétursdóttir, Marín Ólafsdóttir og Sigríður Anna Ellerup. Ásta Stefánsdóttir vann að auki með hópnum í upphafi.

Verkefnið var nokkuð erfitt í fæðingu, vorpróf og sumarfrí settu strik í reikninginn. Haustið 2000 var þó kominn skriður á. Hópurinn skipti með sér verkum og hittist á fundum á eins til tveggja vikna fresti. Við könnuðum dóma MDE, dóma Hæstaréttar, skýrslur umboðsmanns Alþingis og lásu okkur til í íslenskum og erlendum ritum. Mál skv. faðernisreglunni þurfa að fara fyrir dóm og því ekki óeðlilegt að hvorki var að finna upplýsingar hjá sýslumanni né nokkuð í skýrslum umboðsmanns Alþingis hvað varðar beitingu faðernisreglunnar.

Rétt eftir áramótin fór verkefnið að taka á sig endanlega mynd en eftir var að setja niður, með skipulegum hætti, þau sjónarmið sem við veltum upp í þessu verkefni – og það var að sjálfsögðu mesta vinnan. Við settum okkur í samband við Ábyrga feður og Láru V. Júlíusdóttur hrl. og lásu þau verkefnið yfir. Bjarney var okkur til halds og trausts og kom með athugasemdir og tillögur að úrbótum. Við höfum lagt okkur fram um að vinna þetta fræðilega og með opnum huga og það er von okkar að þetta verkefni verði innlegg í fræðilega umræðu og stefnumótun um málefnið.

*Edda Andradóttir mannréttindafulltrúi ELSA Ísland 2000*

### 2. Pater est quem nuptiæ demonstrant

Samkvæmt barnalögum nr. 20/1992 (hér eftir BL) er hægt að ákvarða faðerni barna með fernum hætti. Fyrst ber að nefna faðernisregluna eða pater est regluna, en hinar leiðirnar eru faðernisviðurkenning, dómur í faðernismáli og samþykki eiginmanns eða sambúðarmanns til tæknifrjógunar.

Faðernisregluna má rekja til hins forna Rómarréttar, þar sem hún byggði á eignaréttarlegum grunni. Eiginmaðurinn átti eiginkonu sína og þar með einnig þau börn sem hún fæddi. Reglan var tekin upp í kanónískan rétt á miðöldum þar sem hún var mótuð frekar. Faðernisreglan hefur um aldaðir verið til í norrænum rétti, lengst af sem ólögfest meginregla og bundin við hjúskap.

Faðernisreglan var lögfest berum orðum með barnalögum nr. 9/1981 en tók þá aðeins til hjúskapar. Með BL voru gerðar veigamiklar breytingar á gildissviði faðernisreglunnar hér á landi. Eftir þessa breytingu tekur reglan einnig til óvígðrar sambúðar og hefur að því leyti sérstöðu miðað við löggjöf annarra ríkja. Með þessu móti er val foreldra um sambúðarform látið hafa sem minnst áhrif á réttarstöðu barns. Þessarar þróunar hefur gætt nokkuð lengi og endurspeglar breyttar hugmyndir manna um sambúðarform. Athyglisvert er þó að reglan gerir greinarmun á stöðu foreldra, að því leyti að þegar móðir er í óvígðri sambúð, þarf hún að lýsa sambúðarmann sinn föður að barninu en reglan gerir ekki ráð fyrir því að móðir þurfi að kenna eiginmanni sínum barnið til að faðernisreglan gildi.

Í dag kemur reglan fram í 2. gr. BL:

**Eiginmaður móður barns telst faðir þess ef það er alið í hjúskap þeirra eða svo skömmu eftir hjúskaparslit að það sé hugsanlega getið í hjúskapnum. Þetta gildir þó ekki ef hjónin voru skilin að borði og sæng á getnaðartíma barnsins.**

**Nú giftist móðir barns eftir fæðingu þess manni er hún hefur kennt barnið og telst hann þá faðir þess.**

**Ef móðir barns og maður, sem hún lýsir föður þess, búa saman við fæðingu þess samkvæmt því er greinir í þjóðskrá eða öðrum ótvíræðum gögnum telst hann faðir barnsins. Sama er ef móðir barns og maður, er hún lýsir föður þess, taka upp sambúð samkvæmt framansögðu, enda sé barn þá ófeðrað.**

Megininntak reglunnar er að eiginmaður eða sambylíismaður móður telst faðir þeirra barna sem hún elur. Í 3. gr. BL er fjallað um tæknifrjóvgun og verður barn einnig feðrað á grundvelli faðernisreglunnar, liggi fyrir samþykki eigin- eða sambúðarmanns fyrir tæknifrjóvgun.

Margvíslegir hagsmunir eru tengdir því að barn sé feðrað og eru ítarleg ákvæði í BL í samræmi við það. Þetta eru hagsmunir barnsins, móður þess og föður og hagsmunir hins opinbera. Sjónarmið að baki feðrunarreglum BL byggjast á þessum hagsmunum. Þau eru í aðalatriðum tvenns konar, annars vegar þau að reglan leiði til réttar niðurstöðu, þ.e. að líf-fræðilegur faðir barns verði faðir þess að lögum, og svo hins vegar að niðurstaða fáið með sem minnstu óhagræði fyrir móðurina.

Faðernisreglan, okkar athugunarefni, felur í sér sönnunarreglu sem byggir á tvenns konar líkum, að kona hafi haft samfarir við eiginmann sinn og að barnið sé getið við þær samfarir. Líkurnar á því að þetta eigi sér stað, eru taldar svo miklar, að óhætt sé að byggja á þeim reglu.

Faðernisreglan hefur ýmislegt til síns ágætis. Hún er hagkvæm, hún leiðir oftast til réttar niðurstöðu og losar fólk undan þeirri fyrirhöfn að þurfa að sanna faðerni í hvert sinn sem barn fæðist. Reglan veitir barninu sjálfu vernd og fjölskyldunni í heild. Hún forðar deilum um faðerni svo lengi sem hjónin og barnið una niðurstöðunni.

### 3. Véfenging

Véfengingarmál er mál sem höfðað er til að hnekkja faðerni barns sem ákvarðað hefur verið með faðernisreglunni. Reglur um véfengingu faðernis er að finna í 7. kafla B BL. Í 1. mgr. 52. gr. kemur fram hverjir geti átt aðild að véfengingarmáli:

**Mál til véfengingar á faðerni barns skv. 2. og 3. gr. geta höfðað eiginmaður og sambúðarmaður móður barns, móðir þess, barnið sjálft og lögráðamaður barns sem sérstaklega er skipaður ef því er að skipta; enn fremur að eiginmanni eða sambúðarmanni látnum sá erfingi hans er gengur jafnhliða eða næst barninu að erfðum.**

Af þessari upptalningu er ljóst að þriðji maður, sem telur sig vera föður barns, getur ekki höfðað véfengingarmál. Þessi takmörkun á aðild að véfengingarmáli er byggð á því að vernda þurfi fjölskylduna og þá fyrst og fremst barnið gegn því að aðilar utan hennar geti krafist ógildingar á faðerni.

Eins og fram kemur í kaflanum hér á undan, er faðernisreglan grundvölluð á tvenns konar líkum. Í fyrsta lagi að kona hafi haft samfarir við eiginmann sinn og í öðru lagi að barnið sé getið við þær samfarir. Algengast er í véfengingarmálum að byggt sé á því að vegna aðskilnaðar eða annarra ástæðna hafi samfarir ekki átt sér stað. Hitt er sjaldgæfara að byggt sé á að barnið sé ekki getið við samfarir hjóna t.d. vegna ófrjósemi mannsins. Á hverju sem byggt



er, ber sá sem véfengja vill faðerni barns sönnunarbyrðina fyrir því að barn sé ekki rétt feðr- að og gerðar eru miklar sönnunarkröfur til þess að véfenging nái fram að ganga.

Í BL kom inn ný regla að sænskri og norski fyrirmynd, en skv. henni getur dómari kveðið upp véfengingardóm á grundvelli sameiginlegrar skriflegrar yfirlýsingar aðilanna þriggja (móður, eiginmanns og þriðja manns) um að þriðji maður sé faðir barnsins. Þessi regla var sett, þar sem gagnrýnt hafði verið að mikil hætta væri á, að börn væru ranglega feðruð vegna hinna ströngu skilyrða fyrir véfengingu.

Frestir aðila til að véfengja faðerni koma fram í 2. mgr. 52. gr. : „Mál skal höfða innan eins árs frá því að sóknaraðili fékk vitneskju um atvik sem orðið getur efni til þess að véfengja faðerni barns og þó eigi síðar en innan fimm ára frá fæðingu þess.“ Í lokamálslið 2. mgr. er tekið fram að þessir frestir gildi ekki ef barnið sjálf höfðar mál. Að baki þessum reglum eru sömu verndarsjónarmið og að baki takmörkunum á aðild.<sup>1</sup>

#### 4. Er refsivert að rangfeðra barn?

Í íslensku hegningarlögunum nr. 19/1940 (hér eftir HGL) er ákvæði sem gerir það refsivert að rangfeðra barn. Þó má láta refsingu falla niður, ef byggt er á faðernisreglunni og eiginmaðurinn samþykkir það. Umrætt ákvæði er 192. gr. sem hljóðar svo:

**Hver, sem rangfærir sönnun fyrir faðerni barns eða móðerni með rangri eða ófullnægjandi skýrslu til yfirvalds þess, sem tekur við tilkynningum um fæðingar, skal sæta fangelsi allt að 1 ári eða sektum.**

**Láta má refsingu falla niður, þegar svo ber við, að barn, sem gift kona hefur getið utan hjónabands, hefur verið tilkynnt sem hjónabandsbarn og eiginmaður hennar hefur samþykkt það.**

Í greinargerð með 192. gr. segir (feitletrun er skýrsluhöfunda): „Í greininni er aðeins lögð refsing við því að tilgreina rangt eða ófullnægjandi um faðerni barns eða móðerni í tilkynningu til yfirvalds þess, sem tekur við tilkynningu fæðingar. Ákvæðið nær jafnt til skilgetinna barna sem óskilgetinna og jafnt til þess, hvort heldur faðerni eða móðerni er rangfært. **Ákvæði síðari mgr. nær bæði til þess, að kona hafi verið vanfær, er hún gekk í hjónaband, og annar en eiginmaður sé faðir, og einnig hins, að kona hafi getið barn með öðrum en eiginmanni sínum, eftir að hjónaband þeirra stofnaðist.** Væntanlega mun mega beita ákvæðum þessarar mgr. analogískt, þegar svo stendur á, að ekkja eða fráskilin kona, sem þunguð er af völdum bónda síns, giftist á ný og eignar síðari manni sínum barnið.“<sup>2</sup>

Í dómasafni Hæstaréttar er ekki að sjá að nokkurn tímann hafi verið ákært fyrir brot á þessari grein og hefur því tilvist hennar litla þýðingu í reynd.

### 5. Norrænn réttur

#### 5.1. Inngangur

Íslenskur sifjaréttur hefur mótast mjög af norrænni löggjöf á þessu sviði. Hér verður danskur og sænskur réttur skoðaður sérstaklega og borinn saman við þann íslenska.

#### 5.2. Efni faðernisreglunnar

Í dönskum lögum er faðernisreglan í 2. gr. dönsku barnalaganna, börneloven nr. 293 frá 2. maí 1995. Samkvæmt 1. mgr. er barn sem hugsanlega er getið í hjónabandi, barn eigin-

<sup>1</sup> Kafli 2 og 3 eru að mestu unnir upp úr bók Davíðs Þórs Björgvinssonar, Barnaréttur.

<sup>2</sup> Greinargerð með frumvarpi er varð að lögum nr. 19/1940.

manns móðurinnar. Þetta gildir ekki ef það sannast að móðirin hafði samfarir við annan mann og telja má líklegt að barnið sé getið við þær, eða vegna erfðaeiginleika barnsins eða annarra sérstakra ástæðna megi telja öruggt að eiginmaðurinn sé ekki faðirinn. Í 2. mgr. segir að hafi foreldrar ekki búið saman á getnaðartíma eða samlíf hjónanna niður fallið vegna ósættis, gildi 1. mgr. einungis ef sannaðar eru samfarir þeirra á getnaðartíma barnsins. Í 3. mgr. segir að barn fætt í hjónabandi en getið áður, sé talið barn eiginmanns nema véfengingarmál sé höfðað. Í þessu felst að þá eru ekki talin sömu líkindi fyrir faðerni eiginmanns og ef barnið er getið í hjónabandi.

Það er sameiginlegt íslenska og danska ákvæðinu að bæði fela í sér feðrunarreglu, en gildissvið þess íslenska er rýmra þar sem það tekur bæði til hjónabands og sambúðar, en það danska einungis til hjónabands. Í íslenska ákvæðinu er tekið fram að reglan gildi ekki ef hjónin voru skilin að borði og sæng á getnaðartíma barnsins og er það að því leyti þrengra en það danska. Í raun eru þetta tímamörk á því hvenær faðernisreglan hættir að gilda. Eftir það á reglan ekki við heldur er feðrað eftir öðrum reglum. Í danska ákvæðinu eru ekki slík tímamörk, heldur eru talin þar atvik, sem leitt geta til að reglan eigi ekki við sbr. hér á undan, en á þau verður að reyna í véfengingarmáli.

Í sænskum lögum kemur faðernisreglan fram í Föräldrabalken 1949:381, 1. gr. 1. kafla. Reglan tekur einungis til hjúskapar eins og danska reglan. Með sama hætti og í dönsku lögnum eru í 2. gr. 1. kafla þeirra sænsku talin atvik sem geta leitt til að dæmt sé að eiginmaður sé ekki faðir barns. eru þau í öllum aðalatriðum þau sömu og í danska ákvæðinu.

### **5.3. Réttarfarsatriði sem þýðingu hafa þegar reynir á faðernisregluna**

#### *5.3.1 Aðild að véfengingarmáli*

Aðild að véfengingarmáli skv. íslensku og dönsku lögnum er nánast með sama hætti. Samkvæmt þeim hafa eiginmaður móður, móðir, barnið og lögráðamaður þess aðild. Að auki veita íslensku lögin sambúðarmanni móður aðild og erfingjum eiginmanns/sambúðarmanns að honum látnum.

Samkvæmt sænsku lögnum hafa einungis eiginmaður móður og barnið sjálf aðild að véfengingarmáli. Ef eiginmaðurinn er látinn, fá tilteknir erfingjar hans aðild að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Svíþjóð er ólíkt hinum löndunum að því leyti að hægt er að fá leyst úr véfengingarmáli fyrir stjórnvaldi (Socialnämnden). Ef eiginmaður, eiginkona og þriðji maður eru öll sammála geta þau gengið fyrir nefndina og hún þá staðfest faðerni þriðja manns að uppfylltum ákveðnum formkröfum.

Í dönskum rétti gildir svokölluð „anærkendelselære“. Reglan er ólögfest og felur í sér, að grunur um að annar en eiginmaður sé raunverulegur faðir, án þess að nokkuð sé aðhafst af því tilefni, getur leitt til þess að eiginmaður móður barns eða móðirin sjálf, fyrirgeri rétti sínum til að véfengja faðernið. Þetta sýnir mikilvægi „félagslegs faðernis“ í dönskum rétti, því að barn feðrað með faðernisreglunni missir stöðu sína sem skilgetið barn ef véfenging nær fram að ganga. Hafa verður í huga að dönsku lögin frá 1995, gera enn greinarmun á skilgetnum og óskilgetnum börnum. Sama regla var áður lögfest í Svíþjóð, en var felld úr gildi 1976. Sjónarmið að baki lagabreytingunni var að faðerni að lögum skyldi vera í samræmi við líffræðilegt faðerni, en það var og er talið barninu fyrir bestu.

Það er sameiginlegt íslensku, dönsku og sænsku lögnum að þriðji maður, hefur ekki sjálfstæðan rétt til að krefjast viðurkenningar á því að teljast faðir tiltekins barns, hvort sem barn er feðrað með faðernisreglunni eða á annan hátt.

### 5.3.2 Málshöfðunarfrestir

Samkvæmt 2. mgr. 52. gr. BL skal mál til að véfengja faðerni barns skv. 2. og 3. gr., höfðað innan árs frá því að sóknaraðili fékk vitneskju um atvik sem orðið geta tilefni til þess að véfengja faðerni barns og þó eigi síðar en innan fimm ára frá fæðingu þess. Málshöfðunarfrestur fyrir erfingja eiginmanns/sambúðarmanns er styttri, eða sex mánuðir frá því að hann fékk vitneskju um fæðingu barnsins eða dauða eiginmannsins/sambúðarmannsins. Samkvæmt ákvæðinu eiga tímafrestirnir ekki við þegar barnið höfðar mál.

Í 5. gr. dönsku barnalaganna nr. 293 frá 2. maí 1995 er málshöfðunarfrestur 3 ár frá fæðingu barns og gildir það fyrir alla aðila véfengingarmáls, nema barnið sjálft höfði það mál eftir 18 ára aldur.

Í sænsku lögunum eru engir málshöfðunarfrestir.

### 5.3.3 Niðurstöður

Réttarreglur ofangreindra landa eru svipaðar á þessu sviði. Feðrað er með faðernisreglunni í hjónabandi og réttarfarsreglur veita ekki þriðja manni sjálfstæða aðild að véfengingarmálum. Mun það vera ríkjandi réttarástand í flestum þeim löndum sem við berum okkur saman við.

## 6. Íslensk dómaframkvæmd

Dómar um véfengingu faðernis eru ekki margir og fundum við enga eldri en frá 1950. Allmargir dómar eru þess efnis að konur kenndu mönnum börn, sem ekki vildu kannast við faðernið. Eðli málsins samkvæmt hafa þessir dómar breyst mikið og þeim fækkað sökum aukinnar þekkingar í læknavísindum, sem leitt hefur til betri sönnunaraðferða. Þeir dómar sem hér verða reifaðir snerta ekki allir beitingu faðernisreglunnar. Við höfum kosið að reifa, auk dóma um faðernisregluna, ýmsa dóma sem snerta feðrun barna, til þess að sýna þá þróun sem orðið hefur á sjónarmiðum, sem lögð eru til grundvallar við úrlausn þessara mála.

Þess ber að geta að hér á landi tíðkast nafnleynd í þessum málum og aðilar því auðkenndir með bókstöfum.

### H 1952:175 Faðerni viðurkennt og véfenging of seint fram komin

Hér voru málsatvik þau að maður og kona kynntust í júní 1945 og í september sama ár ól konan barnið Z. Í desember sama ár gengu maðurinn og konan í hjónaband. Maðurinn vissi að hann var ekki faðir barnsins en kvaðst þó hafa fallist á það, að Z yrði talið hans barn vegna tilmæla konunnar. Við skírn barnsins var það skráð barn eiginmannsins, með vitund hans og samþykki, í prestþjónustubók. Hjónin skildu að lögum 1950. Í desember 1951 höfðaði maðurinn svo véfengingarmál. Talið var að framangreind framkoma mannsins fæli í sér viðurkenningu á faðerni Z og var barnið því skilgert skv. 3. gr.<sup>3</sup> sbr. 8. gr.<sup>4</sup> laga nr. 57/1921. Mál til véfengingar faðerni skyldi höfða innan 6 mánaða frá fæðingu barns, auk þess sem

<sup>3</sup> „Nú véfengir eiginmaður að barn konu hans sé skilgetið og skal hann þá höfða mál gegn lögráðamanni barnsins áður en sex mánuðir eru liðnir frá því, að honum var kunnugt um fæðingu þess, enda hafi hann ekki gengist við barninu eftir fæðinguna. Nú næst ekki til lögráðamanns eða hann er að dómi héraðsdómara ekki fær um að gæta réttar barnsins og skal þá dómari setja því svaramann á ríkiskostnað. Nú er eiginmaður sviptur lögræði vegna vitskerðingar eða fávits og gengur þá lögráðamaður í hans stað.“

<sup>4</sup> „Nú er barn, er 1. gr. laga þessara tekur eigi til, skilgert skv. 37. eða 38. gr. laga um afstöðu foreldra til óskilgetinna barna og telst það barn þá skilgetið.“

ekki væri unnt að höfða slíkt mál eftir að aðili hefði gengist við faðerninu. Brast því heimild til höfðunar málsins og var því vísað frá dómi.

### **H 1963:7 Frestur liðinn**

Maður (M) og kona (K) gengu í hjúskap 28. júní 1958, en þau höfðu áður búið saman. Áður en þau gengu í hjúskap greindi K M frá því að hún væri þunguð af völdum B. Í september 1958 fengu þau M og K leyfi til skilnaðar að borði og sæng, eða aðeins þremur mánuðum eftir að til hjúskaparins var stofnað. K ól svo barn 25. febrúar 1959 en lögskilnað fengu hjónin 7. október 1960. Í júní 1960 fékk K úrskurð um meðlag á hendur B með barninu en B gekkst við því fyrir valdsmanni. Ekki kom fram fyrir valdsmanni að K væri í hjúskap. Var þessi úrskurður síðar ónýttur að kröfu B, þar sem í ljós kom að barnið var skilgetið. M höfðaði véfengingarmál 30. júní 1961 gegn K f.h. barns þeirra og véfengdi faðernið. Hæstiréttur sagði að barnið hefði verið fætt áður en hjúskap þeirra M og K lauk. Væri það því skilgetið skv. 1. gr. laga nr. 57/1921, uns faðernið hefði verið véfengt að lögum. Þegar M höfðaði málið var liðinn 6 mánaða frestur sem í 3. gr. laga nr. 57/1921 greinir og málinu var því vísað frá.

### **H 1992:858 Skráning Hagstofu**

J krafðist þess fyrir héraðsdómi að viðurkennt yrði að skráning hjá Hagstofu Íslands, þess efnis að hann væri faðir G, væri röng. Þ, móðir G, var ógift þegar G fæddist árið 1955 en þá giltu lög nr. 87/1947 um óskilgetin börn. Í 3. gr. þeirra laga taldist karlmaður faðir óskilgetins barns er kona kenndi honum, ef hann gekkst við því fyrir presti, valdsmanni eða bréflega og vottfast. G var skírð og J skráður faðir hennar. 35 árum síðar höfðar J þetta mál og krefst ógildingar á þeirri skráningu Hagstofu að hann sé faðir G. Málsaðilar voru ósammála um hvort skráningin hafði verið með vilja J og engum vitnum var til að dreifa eða óvéfengjanlegum sönnunum á hvorn veginn. Í héraði kom fram að ekki hefði verið sýnt fram á að skráningin hefði verið lögformlega röng. Hins vegar sagði í héraðsdóminum að sá þáttur málsins sem snéri að faðerni G væri ekki nægilega upplýstur en úr því máli yrði ekki leyst og var því málinu vísað frá. Hæstiréttur fjallaði um þessa frávísun og staðfesti hana með þeim rökum að til þess að fá úr þessu skorið yrði að höfða véfengingarmál því skv. lögum nr. 9/1981 væru ekki skilyrði fyrir aðild J að slíku máli og ekki væri heldur hægt að höfða ógildingarmál skv. 10. gr. sömu laga.

### **H 1997:2816 Tæknifrjóvgun**

M krafðist þess að hann yrði ekki talinn faðir tveggja sveinbarna sem K ól. M og K gengu í hjónaband 1988. Þau eignuðust dóttur 1993 sem getin var með gjafasæði. M og K höfðu við það tilefni undirritað skriflega yfirlýsingu þar sem M lýsti því yfir að börn/barn sem K fæddi eftir slíka tæknifrjóvgun myndi hann skoða sem sín. Sumarið 1994 kom til tals að þau eignuðust annað barn en M og K voru ekki sammála um hvað var afráðið í þeim efnum. K fór í slíka aðgerð í desember 1994. M og K slitu samvistum í febrúar 1995 en K eignaðist tvíbura 13. ágúst það ár. 22. mars 1996 fengu þau leyfi til skilnaðar að borði og sæng. Óumdeilt var að M gat ekki verið líffræðilegur faðir barnanna. Hann var þó talinn faðir þeirra skv. faðernisreglunni sem fram kemur í 1. mgr. 2. gr. BL. Ekki lá fyrir skriflegt samþykki hans fyrir seinni tæknifrjóvguninni og eins og fyrr segir var umdeilt hvort hann hefði verið henni samþykktur. Í héraðsdómi var talið að hann hefði vitað eða mátt vita hver ætlun K var. Hæsti-

réttur staðfesti þennan dóm en felldi niður málskostnað vegna þess að lögáskilið samþykki M skorti.

#### **H 1997:2729 Blóðrannsókn heimiluð**

M og K voru í sambúð þegar barnið X var getið og fætt árið 1992. Eftir sambúðarslitin hafði M notið umgengnisréttar við barnið. 1996 tók K fyrir þá umgengni og leitaði M þá til sýslumanns um ákvörðun um umgengnisrétt. Þá kom á daginn að K hafði aldrei lýst M föður barnsins. M vildi því fá úrskurð um blóðrannsókn. Einnig taldi hann atvik öll og hátterni K benda til þess að hann væri faðir X. K krafðist frávísunar þar sem M, skv. ákvæðum BL, gæti ekki átt aðild að málinu. Í dómi héraðsdóms eru rakin þau skilyrði BL um aðild sem málið varða, ennfremur er þar vísað til 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. stjórnskipunarlög nr. 33/1944 með síðari breytingum (hér eftir stjskr.) um jafnan rétt. Rakin eru markmið reglna um málsmeðferð í faðernismálum, að rétt niðurstaða fáiast og líffræðilegur faðir barns verði faðir þess að lögum.

Í dóminum segir jafnframt: „Leggja verður hagsmuni föður af því að hafa samskipti við barn sitt að jöfnu við hagsmuni móður. Þá verður að telja að barn hafi ríka hagsmuni, persónulega og fjárhagslega, af því að eiga bæði föður og móður. Þykir því rétt, að móðir barns og faðir eigi jafnan rétt til að teljast foreldrar þess að lögum“. Með vísan til 48. gr. BL var því krafan um blóðrannsókn tekin til greina í héraði.

Hæstiréttur staðfesti þennan úrskurð. Dómurinn taldi að varnarorð K um aðildarskort ættu ekki við, þar sem ekki var verið að höfða véfengingarmál.

#### **H 15. febrúar 2000 mál nr. 37/2000**

Konan X stefndi dánarbúum tveggja manna, þeirra Þ og T, til viðurkenningar á að Þ skyldi teljast faðir hennar. Fallist var á þá niðurstöðu héraðsdóms að X hefði verið löglega feðruð sem dóttir T með faðernisviðurkenningu hans. Þar sem ekki var krafist ógildingar þeirrar viðurkenningar varð að vísa málinu frá dómi.

Konan K fæddi X, sem stefndi í þessu máli. Stuttu eftir fæðinguna fór fram blóðrannsókn til að ákvarða faðerni hennar og sættu þeir T og Þ henni. Samkvæmt henni var hvorki hægt að útiloka Þ né T frá faðerni. T og K giftust 1963 og var X þá skráð dóttir hans en hafði áður verið skráð dóttir Þ, þó ekki lægi fyrir faðernisviðurkenning frá honum. Nokkru eftir að K og T gengu í hjónaband lýsti T sig föður X fyrir presti, en það var í samræmi við réttarreglur á þeim tíma og við það öðlaðist X réttarstöðu skilgetins barns. T lést 1994 en Þ 1998. Þá óskaði X eftir því að fram færu DNA rannsóknir til athugunar á faðerni hennar. Niðurstöður tveggja slíkra rannsókna voru þær að Þ væri að öllum líkindum líffræðilegur faðir X, líkurnar meiri en 99%. Hins vegar varð niðurstaðan í héraði sú að ekki hefði verið farið fram á ógildingu faðernisviðurkenningar T og því væri hann faðir X. Hæstiréttur staðfesti þetta.

#### **H 18. desember 2000 mál nr. 419/2000**

M og K voru í sambandi á meðan K var við nám í Bandaríkjunum, en í málinu varð síðar ágreiningur um hversu náíð samband þeirra hefði verið. Varð K þunguð um sumar 1997. Í fyrstu mæðraskoðun gaf K upp nafn M sem föður barnsins. K afturkallaði síðar faðernið hjá sýslumanni. M leitaði þá til sýslumanns til að gangast við faðerni barnsins en var vísað frá, þar sem formleg beiðni um faðernisviðurkenningu frá K lá ekki fyrir. M höfðaði mál gegn K og krafðist viðurkenningar á því að hann væri faðir barnsins. Krafðist K frávísunar fyrir

héraðsdómi með þeim rökum að M gæti ekki átt aðild að faðernismáli, enda væru aðilar að slíkum málum tæmandi taldir í 1. og 2. mgr. 43. gr. BL.

Héraðsdómur féllst á rök K og taldi að ekki væri hægt að lögjafna frá nefndu lagaákvæði á þann veg að M gæti átt þennan rétt til jafns við K. Jafnframt taldi dómurinn að feðrunarreglur BL brytu hvorki í bága við mannréttindaákvæði stjkskr., né Mannréttindasáttmála Evrópu (hér eftir MSE). Málinu var því vísað frá dómi en sú frávísun var kærð til Hæstaréttar.

Við úrlausn málsins hafði Hæstiréttur hliðsjón af breytingum, sem gerðar voru á stjkskr. eftir gildistöku BL. Í 70. gr.<sup>5</sup> stjkskr. felst nú, eins og í 6. gr. MSE, sjálfstæð regla um að menn skuli almennt eiga rétt á að bera mál sín undir dómstóla og verður að skýra ákvæði í almennum lögum, sem takmarka þann rétt með hliðsjón af því. 43. gr. BL felur í sér, skv. orðanna hljóðan, tálmun þess að M geti leitað dómsviðurkenningar á því að hann sé faðir barns. Í 2. mgr. 65. gr.<sup>6</sup> stjkskr. er sérstaklega áréttað að konur og karlar skuli njóta jafns réttar í hvívetna. Sams konar bann við mismununun birtist í 14. gr. MSE. Hæstiréttur taldi að ekki yrði ráðið af lögskýringargögnum, að sú mismununun kynjanna sem birtist í 43. gr. BL byggðist á málefnalegum rökum, sem hníga sérstaklega að því að vernda hagsmuni kvenna í þessu tilliti fremur en karla. Mikilvægir þjóðfélagslegir hagsmunir væru fólgnir í því að faðerni barna sé leitt í ljós og ákvarðað auk þess sem barnið sjálft hafi ríka hagsmuni af því að það sé réttléga feðrað. Við mat á því hvort M skyldi heimilt að fá efnisúrlausn um kröfur sínar, vó þungt sú staðreynd að M hafði leitt að því líkur, að hann gæti verið faðir barnsins. Fallist var á það með M að löggjöf, sem við þessar aðstæður takmarkaði rétt manns til að fá úrlausn dómstóla, bryti gegn 70. gr. stjkskr., sbr. 6. gr. MSE. Þá var ekki fallist á að nægar málefnalegar forsendur stæðu til þeirrar mismununun sem birtist í reglum BL um aðild að faðernismálum. Var hinn kærði úrskurður því felldur úr gildi og lagt fyrir héraðsdómara að taka málið til efnismeðferðar.

### 7. Ályktanir um íslenska dómaframkvæmd fram til þessa

Það er ljóst að hvort sem faðernisreglan eða faðernisviðurkenning hefur verið lögð til grundvallar ákvörðun um faðerni, hefur þeirri ákvörðun ekki verið hnekkkt nema að uppfylltum ströngustu réttarfarsskilyrðum. Það er einnig ljóst af eldri dómum að hagsmunir móður hafa vegið þyngra en föður eða þeirra karla sem koma að faðernismálum. Vísindalegar rannsóknir við ákvörðun faðernis eru nú orðnar mjög áreiðanlegar og þess sér stað í dómaframkvæmd.

Í tæknifrjóngunarmálinu frá 1997 er greinilegt að hagsmunir barnanna sitja í fyrirrúmi og þeim tryggt faðerni. Hagsmunir barna eru farnir að skipta meira máli í öllum nýrri dómum Hæstaréttar. Það er í samræmi við alþjóðlega þróun í málefnum barna.

Í nýjasta dómi Hæstaréttar frá 18. desember 2000 gætir athyglisverðra sjónarmiða sem e.t.v. gefa tóninn til framtíðar. Í þessum dómi er beinlínis vísað í MSE til fyllingar mannréttindaákvæðum stjkskr. og ákvæði BL beinlínis talin fara gegn þeim. Í dómum MDE, sem síðar

<sup>5</sup> 70. gr. hljóðar svo:

„Öllum ber réttur til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur eða um ákæru á hendur sér um refsiverða háttsemi með réttlátri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli ...“

<sup>6</sup> 65. gr. hljóðar svo:

„Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti.

Konur og karlar skulu njóta jafns réttar í hvívetna.“

verða reifaðir, kemur hins vegar fram að dómstóllinn sjálfur túlkar þessi ákvæði á annan veg en Hæstiréttur Íslands.

## 8. Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

Ísland er aðili að Evrópuráðssamningi um verndun mannréttinda og mannfrelsis frá 1954, sbr. auglýsingu nr. 11/1954. MSE var lögfestur á Íslandi með lögum nr. 62/1994. Samkvæmt 2. gr. þeirra laga eru úrlausnir MDE ekki bindandi að íslenskum landsrétti. Engu að síður hafa dómar hans verið taldir hafa mikil áhrif á íslenska dómaframkvæmd.

Þetta verkefni fólst fyrst og fremst í því að kanna tvo dóma MDE um faðernisregluna og bera þá saman við íslenska dóma- og lagaframkvæmd. Dómarnir sem teknir voru til skoðunar voru Rasmussen gegn Danmörku og Kroon gegn Hollandi. Síðar bættist við Nylund gegn Finnlandi. Sá dómur er ekki síður athyglisverður þar sem hann er nýrri en hinir tveir. Þær greinar MSE sem reynir á í þessu sambandi eru 6. gr.,<sup>7</sup> 8. gr.<sup>8</sup> og 14. gr.<sup>9</sup>

### 8.1. Rasmussen gegn Danmörku, mál nr. 9-1983-65-100

Í máli þessu kvartaði maður að nafni Rasmussen yfir þeim fresti sem dönsk lög settu honum til að véfengja faðerni hans á stúlku, sem var fædd í hjónabandi hans og móðurinnar. Skv. þeim þurfti eiginmaður að höfða véfengingarmál innan 5 ára frá fæðingu barns. Hins vegar settu lög móturinni enga fresti til að höfða véfengingarmál. Því væri um að ræða brot á 6. gr. í tengslum við 14. gr. og 8. gr. í tengslum við 14. gr. MSE.

Rasmussen og kona hans giftu sig 1966. Þau eignuðust tvö börn, dreng fæddan árið 1966 og stúlku, P, fædda 1971. Rasmussen grunaði allt frá fæðingu P að hann væri ekki líffræðilegur faðir hennar, en þar sem hann var staðráðinn í að bjarga hjónabandi sínu, hafðist hann ekkert að í málinu. 1973 var Rasmussen hjónunum veittur skilnaður að borði og sæng. Konan fékk forræði barnanna og var honum gert að greiða með þeim meðlag, sem hann gerði allt til ársins 1975.

Í mars 1975 lagði Rasmussen á ráðin um rekstur véfengingarmáls og sótti um gjafsókn. Í apríl 1975 gerðu Rasmussen hjónin með sér samkomulag um að hún félli frá kröfum um meðlag og hann lofaði að hætta við málareksturinn. Í júlí 1975 var þeim veittur lögskilnaður og staðfest að konan færi með forræði barnanna og honum gert að greiða meðlag með þeim en því mótmælti hann ekki.

Þann 16. janúar 1976 (4 dögum fyrir 5 ára afmæli P) sendi konan honum tilkynningu þess efnis að hún teldi sig ekki bundna af samkomulagi þeirra frá 1975 og sótti hún stuttu seinna um meðlagsgreiðslur til yfirvalda í Danmörku.

27. janúar 1976 sótti Rasmussen um leyfi til Eystri Landsréttar til að hefja málarekstur til véfengingar á faðerni P. Því var hafnað, þar sem aðstæður hans þóttu ekki nógu aðkallandi

<sup>7</sup> 6. gr. hljóðar svo:

„Þegar kveða skal á um réttindi og skyldur manns að einkamálarétti eða um sök, sem hann er borinn um refsivert brot, skal hann eiga rétt til réttlátrar og opinberrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli ...“

<sup>8</sup> 8. gr. hljóðar svo:

„Sérhver maður á rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta ...“

<sup>9</sup> 14. gr. hljóðar svo:

„Réttindi þau og frelsi, sem lýst er í samningi þessum, skulu tryggð án nokkurs manngreinaálits, svo sem vegna kynferðis, kynþáttar, litarháttar, tungu, trúarbragða, stjórnmála- eða annarra skoðana, þjóðernis eða þjóðfélagsstöðu, tengsla við þjóðernisminnihluta, eigna, uppruna eða annarrar stöðu.“

og sérstakar, til þess að hægt væri að veita undanþágu frá frestinum. Þessari synjun áfrýjaði hann ekki innan settra tímamarka til Hæstaréttar. Í júlí 1976 sótti hann um undanþágu til dómsmálaráðuneytisins til að mega bera erindi sitt undir Hæstarétt, en því var hafnað. Í nóvember 1978 sótti hann aftur um leyfi til málsóknar fyrir Eystri Landsrétti en konan mótmælti því með þeim rökum að það myndi hafa slæm áhrif á barnið. Var umsókn hans hafnað.

Rasmussen ákvað því að leita til MDE. Hann byggði mál sitt á því að sér hefði verið mismunað á grundvelli kynferðis, þar sem honum væri settur ákveðinn frestur til að véfengja faðerni P, en móðurinni ekki. Til rökstuðnings máli sínu vísaði hann til 14. gr. sbr. 6. gr. MSE um réttláta málsmeðferð og 14. gr. sbr. 8. gr. MSE um friðhelgi einkalífs og fjölskyldu.

Ákvæðum um fresti til véfengingar faðernis var þó breytt 1982, áður en málið kom til dóms hjá MDE. Þeim var breytt með þeim rökum, að þau ættu ekki lengur við vegna breyttra þjóðfélagsaðstæðna. Með breytingunum var móðurinni einnig settur frestur, sá sami og föðurnum eða 3 ár. Í dönskum rétti gildir einnig ólögfest tómlætisregla. Í henni felst að eiginmaður telst hafa viðurkennt faðerni og þannig fyrirgert rétti sínum til að höfða véfengingarmál, fylgi hann ekki eftir grunsemdum sínum um að annar maður sé faðir barns eiginkonunnar.

Niðurstaða MDE var að bæði 6. gr. og 8. gr. MSE ættu við í málinu. MDE taldi að Rasmussen og fyrrum eiginkonu hans væri mismunað varðandi möguleika á að véfengja faðerni barns. Það sem dómstóllinn gerði næst var að spyrja sig hvort þau væru í sambærilegri aðstöðu en það er skilyrði fyrir vernd 14. gr. skv. fyrri dómum MDE. Dómstóllinn taldi sig ekki þurfa að svara þeirri spurningu, heldur gæti hann gengið út frá því að svo væri, ekki síst þar sem sömu sjónarmið kæmu til skoðunar við þá ákvörðun og við næstu spurningu sem skv. hefðbundinni aðferðafræði dómstólsins þyrfti að svara. Sú spurning var hvort mismununin væri nauðsynleg og byggðist á hlutlægum grundvelli. Ljóst væri, af fyrri dómum MDE, að aðildarríki hefðu ákveðið svigrúm til að gera mun á réttarstöðu aðila í sambærilegri stöðu. Hvert það svigrúm væri, færi eftir aðstæðum, atvikum og forsögu máls hverju sinni. Við mat á því hvort ríki hafi farið út fyrir þetta svigrúm, skiptir máli hvort samræmi er í löggjöf aðildarríkja MSE um tiltekið atriði eða ekki. Rannsókn á lögum þeirra leiddi í ljós að í flestum löndunum væri í flestum löndunum mismununur á réttarstöðu mæðra og feðra varðandi málshöfðunarfresti í véfengingarmálum. Taldi dómurinn að í dönsku lögunum, sem kært var út af (frá 1960), hefði markmið málshöfðunarfrestsins verið að tryggja lagalega festu og vernda hagsmuni barnsins. Að þessu leyti voru þau ekki verulega frábrugðin lögum annarra aðildarríkja. Sjónarmiðin að baki þessari mismunun voru, að frestir væru síður nauðsynlegir fyrir mæður því að hagsmunir þeirra færu yfirleitt saman við hagsmuni barnsins, því yfirleitt fengju þær forræði yfir börnunum. Þó að lagareglum í Danmörku hefði verið breytt til samræmis við þjóðfélagsþróun og frestir fyrir mæður og feður væru nú samræmdir, þýddi það ekki að mat löggjafans á sínum tíma hefði ekki verið réttlætjanlegt.

Áður hefur verið minnst á hina ólögfestu tómlætisreglu dansks réttar, en á grundvelli hennar geta aðilar glatað rétti sínum til véfengingar faðernis. MDE taldi það hins vegar ekki ólögmætt að setja eiginmönnum ákveðna fresti í lögum, en fela dómstólum að meta það í hverju einstöku tilviki, hvort tómlætisreglan leiddi til þess að móðirin væri útilokuð frá því að véfengja faðerni. Því var það niðurstaða MDE að hvorki 6. gr. né 8. gr., báðar með hliðsjón af 14. gr. MSE, hefðu verið brotnar í þessu máli.



## 8.2. Kroon gegn Hollandi, mál nr. 29-1993-424-503

Í máli þessu var kvartað undan því, að móðir gat ekki véfengt faðerni barns fætt í hjónabandi og því gæti líffræðilegur faðir barnsins ekki viðurkennt faðernið. Eiginmaðurinn hefði hins vegar rétt til véfengingar og því væri brotið gegn 8. gr. í tengslum við 14. gr. MSE.

Forsaga málsins er sú, að árið 1979 giftist Kroon Ó. 1980 slitnaði upp úr sambandi þeirra án þess að sótt væri um skilnað og 1986 fór hann frá Amsterdam en óvíst var hvert. Kroon tók upp samband við annan mann, A og eignuðust þau soninn S 18. október 1987. Hann var skráður sonur eiginmanns hennar, Ó. Kroon sótti um skilnað í nóvember og var hann veittur í júlí 1988.

13. október 1988 óska Kroon og A eftir því við skráningaryfirvöld, að skráning faðernis S yrði breytt þannig að eiginmaðurinn væri ekki skráður faðir hans heldur A. Því var synjað, þar sem barnið var fætt í hjónabandi og skráningunni yrði ekki breytt nema eiginmaðurinn véfengdi faðernið.

Þá ákváðu þau að leita réttar síns fyrir dómstólum. Fyrir héraðsdómi óskuðu Kroon og A eftir úrskurði um, að skráningaryfirvöldum væri skylt að fara að óskum Kroon um skráningu faðernisins. Þessu var synjað í öllum aðalatriðum, vegna þess að sjónarmið um lagalega festu skyldu ganga framár sjónarmiðum um rétt líffræðilegs föður.

Áfrýjunardómstóll sagði, að 8. gr. MSE ætti við en hefði ekki verið brotin. Skilyrði 2. mgr. 8. gr. væru uppfyllt, þau réttlættu skertan rétt móður til véfengingar. Hins vegar væri 8. gr. MSE í tengslum við 14. gr. brotin, þar sem ekki væri réttlætanlegur sá munur sem væri á rétti móður og eiginmanns til véfengingar. Það væri hins vegar ekki á færi dómsins að breyta gildandi rétti heldur löggjafans.

Í Hæstarétti var heldur ekki tekið undir sjónarmið þeirra. Hæstiréttur taldi ekki nauðsynlegt að taka afstöðu til 8. og 14. gr. MSE, þar sem ekki væri á færi dómstóla að leysa vandanann. Sérstaklega var horft til þess að það myndi stefna félagslegum hagsmunum barnsins í hættu, ef móðirin gæti dregið faðernið til baka.

Kroon og A fóru, ásamt barninu, með málið fyrir MDE og kvörtuðu yfir því að ekki væri mögulegt að fá breytingu á skráningu faðernis vegna hindrana í hollenskri löggjöf þar á. Þar báru þau fyrir sig 8. gr. sbr. 14. gr. MSE. Dómurinn taldi að fjölskyldulíf ætti ekki bara við um hjónaband heldur einnig óvígða sambúð og venjulega væri sambúð skilyrði fjölskyldulífs í skilningi 8. gr. MSE. Í undantekningartilvikum gætu önnur tengsl nægt og í þessu tilviki áframhaldandi barneignir Kroon og A. Barn sem fætt er í slíku sambandi, er hluti af þeirri fjölskyldueiningu strax frá fæðingu. Vegna þessa var samband þeirra talið jafngilda fjölskyldulífi og 8. gr. því talin eiga við. Þá varð að skera úr um hvort um brot væri að ræða. Partið hélt því fram að þessi lög væru ónauðsynleg hindrun í lýðræðisþjóðfélagi. Hollenska ríkið hélt því hins vegar fram að þau gætu farið leið ættleiðingar eða fengið sameiginlegt forræði, skv. frumvarpi sem þá lá fyrir þinginu, og þannig væru fyrir hendi úrræði sem þau gætu nýtt sér til að ná fram vilja sínum. MDE sagði að þau gætu ekki nýtt sér þessi úrræði, t.d. væru mörg skilyrði fyrir ættleiðingu og með forræðisleiðinni væri ekki breytt réttarstöðunni milli S og líffræðilegs föður hans. Hollensk lög leiddu til ástands sem væri algjörlega í andstöðu við líffræðilegan og félagslegan raunveruleika og óskir þeirra sem málið varðaði, án þess að vera nokkrum í hag. Með þessum úrræðum væri rétturinn til fjölskyldulífs ekki virtur og því um brot á 8. gr. MSE að ræða. Þau báru einnig fyrir sig 14. gr. MSE en þar sem búið var að ákvarða að um brot á 8. gr. MSE væri að ræða, taldi dómurinn ekki nauðsynlegt að fjalla um hvort brotið væri gegn 14. gr. í tengslum við 8. gr.

### 8.3 Nylund gegn Finnlandi, mál nr. 27110-95

Þegar verkefnið var hafið rákumst við á þennan dóm, sem er nýrri en hinir og varpaði hann nokkru ljósi á þau sjónarmið sem MDE leggur til grundvallar enn þann dag í dag, í málum sem þessum.

Maður að nafni Nylund kvartaði yfir því að geta ekki fengið úrlausn, fyrir dómstólum í Finnlandi, um það hvort hann væri líffræðilegur faðir barns sem getið var í sambúð hans og konunnar T, en fætt í hjónabandi hennar og annars manns. Hann taldi þetta brot á 6. og 8. gr. MSE, bæði einum sér og í tengslum við 14. gr. Málavextir voru þeir að Nylund og T hófu sambúð í nóvember 1987, trúlofuðu sig í janúar 1988 og í maí kom í ljós að T var ófrísk. Í júní sama ár slitu þau samvistum. Í júlí giftist T manningnum R og fæddist stúlkubarnið J í janúar 1989.

Nylund viðurkenndi faðernið fyrir stjórnvaldi í september 1989. Samkvæmt finnskum lögum var viðurkenningin send héraðsdómara til staðfestingar en hann hafnaði henni þar sem barnið væri feðrað skv. faðernisreglunni og T viðurkenndi ekki að Nylund væri faðir J. Hún hélt því fram að hún hefði þegar verið í sambandi við R á getnaðartímanum og hann væri faðir barnsins en ekki Nylund. Þessum úrskurði héraðsdómara var ekki hægt að áfrýja. T neitaði beiðnum Nylund um DNA próf og einnig óskum hans um að fá að sjá barnið. Í júní 1991 höfðaði Nylund mál til að fá úr því skorið hvort hann væri líffræðilegur faðir J eða ekki. Dómstóllinn vísaði málinu frá þar sem Nylund gæti ekki, skv. finnskum barnalögum, átt sóknaraðild að slíku máli.

Nylund áfrýjaði þá málinu til áfrýjunardómstóls og vildi enn fá staðfestingu á því að hann væri líffræðilegur faðir barnsins og taldi það grundvallarrétt barnsins, að fá að vita hver væri líffræðilegur faðir þess. M lagði áherslu á þá spurningu, hvort kona sem hefði orðið ófrísk í sambúð, gæti komið í veg fyrir að fram færi rannsókn á líffræðilegu faðerni barns og hvort það teldist eðlilegt og sanngjarnt að hún gæti notfært sér lagabókstafinn til að „ræna“ hann barninu, eingöngu með því að giftast öðrum manni. Dómstóllinn komst að sömu niðurstöðu og héraðsdómur en með annarri röksemdafærslu þó. Staðfesting á því eingöngu, hver sé líffræðilegur faðir barns, skapar hvorki rétt né skyldur fyrir hann eða barnið og því hefði Nylund ekki lögvarða hagsmuni af því, að fá úr þessu skorið. Hagsmunir barnsins krefjast þess ekki endilega að úr þessu sé skorið auk þess sem þetta getur valdið uppnámi í samskiptum fjölskyldunnar.

Nylund óskaði eftir áfrýjunarleyfi til Hæstaréttar, m.a. á grundvelli 8. gr. MSE en því var hafnað í maí 1993. 1994 leitar Nylund úrlausnar fyrir MDE. Eins og áður er fram komið, byggði hann á því að brotið væri gegn 6. og 8. gr. einum sér og í tengslum við 14. gr. MSE.

Fyrst var skoðað hvort 6. gr. ætti við, annað hvort ein sér eða í tengslum við 14. gr. Bæði Nylund og finnska ríkið töldu 6. gr. eiga við. Finnsk stjórnvöld héldu því fram að rétturinn til að flytja mál sitt fyrir dómstólum væri ekki algildur. Þau töldu að Nylund hefði í raun fengið að flytja mál sitt, þar sem hann hefði fengið tækifæri til að bera málið upp fyrir dómstólum og þeir hefðu skoðað lagalegan grundvöll þess. Nylund taldi að hann hefði ekki haft neina raunhæfa möguleika til þess að fá úr því skorið, hvort hann væri líffræðilegur faðir barnsins, gegn mótmælum móðurinnar. MDE metur hins vegar sjálfstætt hvort ákvæði MSE eigi við og taldi hann að í þessu máli ætti 6. gr. ekki við. Rökin fyrir því tengjast aðferðafræði dómstólsins. Til þess að ákvæði MSE eigi við þarf að vera ágreiningur um rétt eða skyldu sem viðurkennd er að landsrétti. MDE benti á að ekki væri fyrir hendi heimild í finnskum lögum til að fá úrskurð um líffræðilegt faðerni barns, án þess að því fylgi nokkur réttaráhrif. Ef dómstóllinn ætti hins vegar að líta á kröfur Nylund sem ósk um véfengingu

faðernis og viðurkenningu á því að hann væri faðir barnsins, væri sá réttur heldur ekki fyrir hendi skv. finnskum lögum og því ætti 6. gr. ekki við, hvorki ein né í tengslum við 14. gr.

Hvað 8. gr. varðar töldu finnsk stjórnvöld að hún ætti ekki við, en Nylund taldi að hann og hin ófríska sambýliskona hans hefðu verið fjölskyldueining sem félli undir 8. gr. MSE. Dómstóllinn taldi að 8. gr. gæti verndað fjölskyldulíf, þó það væri ekki byggt á hjónabandi, en aðstæður í þessu tilviki gerðu það að verkum að málið félli ekki undir 8. gr. Hins vegar verndi 8. gr. ekki bara fjölskyldulíf, heldur líka einkalíf og þetta mál varði einkalíf Nylund. Það sem eftir stóð var þá spurningin um það hvort réttur Nylund til einkalífs væri brotinn. Til að svara því voru hagsmunir aðila vegnir og við það mat talið lögmætt að samsama hagsmuni barnsins hagsmunum fjölskyldunnar í heild og þeir taldir vega þyngra en hagsmunir Nylund. Dómstóllinn ítrekaði jafnframt að við 15 ára aldur, gæti barnið sjálft fengið úr því skorið, hver hinn líffræðilegi faðir þess væri. Með þessu telur rétturinn einnig að sanngjörnu jafnvægi milli hagsmuna Nylund og almannahagsmuna sé náð. Niðurstaða MDE var því að réttur Nylund til einkalífs væri ekki brotinn.

Varðandi 14. gr. MSE er nauðsynlegt að gera sér grein fyrir að hún hefur ekki sjálfstætt gildissvið, heldur vísar hún eingöngu til réttinda skv. öðrum ákvæðum sáttmálans. Grundvallaratriði við beitingu 14. gr. er hvort aðilar eru taldir vera í sambærilegri stöðu og hvort skynsamlegar og hlutlægar ástæður réttlæta mismunun. Dómstóllinn taldi þá staðreynd að T og R væru í hjónabandi, vera nægilega til þess að þau og Nylund væru ekki í sambærilegri stöðu og því hafi Nylund ekki vera mismunað.

### 9. Sjónarmið að baki faðernisreglunni

Við teljum mikilvægt að það komi skýrt fram að faðernisreglan er hagkvæm meginregla, sem í flestum tilvikum leiðir til réttar niðurstöðu. Hins vegar getur beiting reglunnar leitt til rangrar niðurstöðu í einstaka tilfalli, þ.e. þegar þriðji maður er líffræðilegur faðir þess barns sem feðrað hefur verið með faðernisreglunni. Ef hjónin og barnið eru tilbúin að una niðurstöðunni, þ.e. að eiginmaðurinn/sambúðarmaðurinn sé faðir barnsins að lögum, eru öll sund lokuð þriðja manni. Vegna þessa teljum við að gera þurfi þriðja manni, sem leiðir að því líkur, að hann sé faðir barnsins, kleift að fara í mál.

Hér ætlum við að draga fram þau sjónarmið sem við teljum að skipti máli og vega og meta hagsmuni allra þeirra sem að málinu geta komið.

#### 9.1. Sjónarmið sem snúa að þjóðfélaginu

Beiting faðernisreglunnar endurspeglar einkum á fernan hátt í þjóðfélaginu. Í fyrsta lagi er barn sjálfkrafa feðrað með faðernisreglunni. Að jafnaði leikur ekki vafi á því hver móðirin er og ef hún er í hjónabandi eru yfirgnæfandi líkur á því að eiginmaðurinn sé faðir þess barns sem hún elur. Þannig má segja að í öðru lagi skapi reglan ákveðinn stöðugleika í samfélaginu. Reglan gengur út frá því að á milli fólks ríki ákveðið traust og það traust skapar öryggi. Í seinni tíð hefur mikið verið lagt upp úr því að jafna réttarstöðu fólks í óvígðri sambúð við réttarstöðu fólks í hjónabandi, með ýmsum lagabreytingum. Þar á meðal var BL breytt 1992, þannig að faðernisreglan nær nú til barna fæddra í óvígðri sambúð foreldra, með þeirri takmörkun þó, að móðirin verður að hafa kennt manningum barnið.

Í þriðja lagi er það hagkvæmt að faðernisreglan skuli gilda. Hjón þurfa ekki að hlaupa til þegar þau eignast barn og feðra það með formlegum hætti og tilheyrandi skriffinnsku. Um leið losnar ríkið við ýmsan kostnað sem fylgir því að þurfa að staðreyna faðerni formlega í hvert sinn sem barn fæðist.

Í fjórða lagi hafa fjárhagsleg sjónarmið áhrif. Feðrun fylgir fjárhagsleg ábyrgð á barninu. Ef barn er ekki feðrað, er það ríkið sem borgar meðlag með barninu. Í íslenskum lögum er ekkert ákvæði sem skyldar móður til að feðra barn sitt en ákveði móðirin að feðra það ekki, öðlast hún ekki rétt til barnalífeyris skv. 14. gr. almannatryggingalaga nr. 117/1993. Ef móður tekst hins vegar ekki að feðra barn sitt, þrátt fyrir tilraunir til þess, öðlast hún rétt til greiðslu barnalífeyris frá hinu opinbera sýni hún fram á gögn um að feðrun hafi ekki tekist. Þó ríkið hafi hagsmuni af því að barn sé feðrað, virðast það ekki vera hagsmunir þess að barnið sé endilega rétt feðrað. Það lýsir sér í því að engin rannsókn fer fram á því hvort móðir feðrar barn sitt réttilega. Vilji löggjafans birtist þó í 192. gr. HGL þar sem það er gert refsivert að rangfeðra barn. Eins og áður var nefnt hefur þessu ákvæði aldrei verið beitt.

Þessi fjögur atriði sem hér hafa verið nefnd (feðrun, stöðugleiki, hagkvæmni og fjárhagslegir hagsmunir ríkisins) eru ákaflega mikilvæg rök við réttlætningu faðernisreglunnar, því ljóst er að í langflestum tilvikum leiðir hún til réttar niðurstöðu.

## 9.2. Sjónarmið sem snúa að móðurinni og hjónabandi hennar

Hvernig horfir reglan við móðurinni og eiginmanni/sambúðarmanni hennar? Við fæðingu barns þeirra eru þau í hjónabandi/sambúð og verður hann því sjálfkrafa skráður faðir barnsins. Réttarreglur vernda þannig þessa fjölskyldueiningu og þriðji maður fær ekki hróflað við henni. Með faðernisreglunni og réttarfarsreglum er einkalíf þeirra og friðhelgi fjölskyldunnar verndað.

Stutt er síðan að þjóðfélagsgerðin var þannig að félagsleg staða konunnar var algerlega samtvinnuð fjölskyldunni og velferð hennar. Hagsmunir barnsins voru um leið hagsmunir móðurinnar. Þessi staða réttlætti þá sérstöku vernd sem faðernisreglan veitir konunni. Í dag eru viðhorfin að breytast. Vaxandi þátttaka kvenna í atvinnulífinu hefur gert það að verkum að konur eru ekki lengur jafn efnahagslega háðar karlmönnum og áður. Um leið hefur fjölskyldugerðin breyst mikið. Fjölbreyttara samfélag viðurkennir nú önnur fjölskylduform, eins og staðfesta samvist, óvígða sambúð og einstæða foreldra.

Reglur BL miða að því að líffræðilegur faðir verði jafnframt faðir að lögum. Það er einnig stefna laganna að það verði með sem minnsti röskun fyrir móðurina. Þetta fer ekki alltaf saman, vegna þess að móðirin hefur ákveðna sérstöðu frá upphafi. Hún gengur með barnið og elur það. Ef eiginmaður konunnar er ekki líffræðilegur faðir barnsins getur hún útilokað að barnið verði rétt feðrað, svo fremi sem eiginmaður hennar samþykkir það. Hér kemur skýrlega fram hvernig þau geta brotið gegn 192. gr HGL.

Karlmaður sem telur sig föður að barni hefur engin bein lagaúrræði til að fá skorið úr um faðerni, ef móðir lýsir hann ekki föður. Hefur móðirin því ákveðið vald fram yfir hinn líffræðilega föður, þar sem hann verður að una þessari ákvörðun hennar.

Jafnvel þó að faðernisreglan taki nú einnig til óvígðrar sambúðar, gerir hún ákveðinn greinarmun á því hvort fólk er í óvígðri sambúð eða hjónabandi, því móðir sem er í óvígðri sambúð þarf að lýsa sambýlismann sinn föður að barninu til þess að reglan gildi. Með þessari lagabreytingu fékkst fram réttarvernd og hagræði fyrir foreldra í óvígðri sambúð. Þrátt fyrir þetta getur móðirin eftir sem áður látið vera að feðra barn sitt eða jafnvel rangfeðrað það ef sá maður sem hún lýsir föður samþykkir það.

## 9.3. Sjónarmið sem snúa að barninu

Í frumvarpi til laga um breytingu á núgildandi BL sem lagt var fram á 125. löggjafarþingi vorið 2000, en dagaði uppi, sagði m.a.: „Barnalöggjöfin byggist á því meginsjónarmiði að

barnið hafi sjálfstæða réttarstöðu gagnvart foreldrum og öðrum og sama gildir um barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna. Þessi réttindi barnsins geta verið lagaleg, félagsleg, efnahagsleg og menningarleg. Reglurnar miða að því að koma til móts við þarfir barnanna og þjóna hagsmunum þeirra. Þegar hagsmunir barns rekast á hagsmuni annarra, t.d. foreldra, skulu hagsmunir annarra víkja en hagar og þarfir barnsins sitja í fyrirrúmi.“

Hægt er að velta því fyrir sér hvort að með því að veita þriðja manni ekki aðild að véfengingarmáli sé verið að brjóta gegn þessum grundvallarréttindum barns. Í 1. mgr. 7. gr. barnasáttmála SP segir að börn eigi rétt á að þekkja foreldra sína og njóta umönnunar þeirra. Aðildarskortur þriðja manns til að fá úr því skorið hvort hann sé líffræðilegur faðir barns, getur leitt til þess að barnið fái ekki að þekkja annað foreldri sitt. Réttur barns til umönnunar líffræðilegs föður síns, sem vill taka þátt í uppeldinu er sjálfstæður réttur barnsins. Þessi sjálfstæði réttur er byggður á sálfræðilegum og félagsfræðilegum viðhorfum og þeirri viðurkenndu þörf manneskjunnar að þekkja uppruna sinn. Persónuleg tengsl við sína nánustu eru einnig mikilvæg við mótun sjálfsímyndar og fyrir almennan þroska. Þó að íslensku BL geri ráð fyrir því að barn geti fengið úr því skorið hver líffræðilegur faðir þess er, þegar það hefur náð ákveðnum aldri, verður ekki litið fram hjá því, að þangað til er hægt að loka fyrir öll samskipti föður og barns. Um leið er komið í veg fyrir að barnið fái að kynnast fjölskyldu föðurins.

Ákvæði BL byggja á því grundvallarsjónarmiði að það er ekki eingöngu mikilvægt að börn séu feðruð, heldur einnig að þau séu rétt feðruð. Hvaða afleiðingar hefur það fyrir barnið ef það er ekki rétt feðrað?

Börn hafa fjárhagslega hagsmuni af feðrun. Fyrir utan að njóta framfærslu föður njóta þau erfðaréttar og geta eftir atvikum öðlast skaðabótarétt vegna missis framfæranda og rétt til lífeyrisgreiðslna.

Vísindum og tækni hefur fleygt mikið fram á undanförunum árum og áratugum. Með tilkomu DNA rannsókna er m.a. hægt að komast að því, með nær óyggjandi hætti, hver er líffræðilegur faðir barns. Þessi möguleiki var ekki fyrir hendi áður. Leiða má líkur að því, að sú staðreynd, að ekki var hægt að sanna líffræðilegt faðerni, hafi styrkt faðernisregluna. Rétt feðrun leiðir einnig til þess að ljóst er hver eru systkini barns og kemur þannig í veg fyrir skyldleikagiftingar.

Í kjölfar nýrrar þekkingar á sviði læknávisinda, er ekki síður mikilvægt að vita uppruna sinn og getur það oft skipt sköpum. Nýir möguleikar til lækninga alvarlegra sjúkdóma byggjast á skyldleika, s.s. merg- og líffæraflutningar. Margir sjúkdómar tengjast erfðum og getur vitneskja um þær bætt möguleika á fyrirbyggjandi aðgerðum. Það hlýtur því að vera réttmæt krafa barns að fá að vita hver líffræðilegur faðir þess er, hvernig svo sem fjölskyldumynstrið er, sem það fæðist inn í. Við teljum því að hagsmunir barnsins séu ekki hafðir að leiðarljósi, þegar aðild þriðja manns er útilokuð.

#### 9.4. Sjónarmið sem snúa að þriðja manni

Til að geta barn, þarf enn sem komið er, karl og konu. Við getnað fær barnið hluta af erfðaeiginleikum móður sinnar og hluta af erfðaeiginleikum föður síns. Þó konan gangi með barnið og fæði það, bera þau bæði ábyrgð á tilvist þess og framtíð. En útiloka réttarreglur einhvern tíma foreldri frá því að þekkja barn sitt? Samkvæmt faðernisreglunni er eiginmaður móður barns talinn faðir þess, jafnvel þó þriðji maður geti leitt að því líkur að hann sé hinn líffræðilegi faðir. Samkvæmt 43. gr. BL getur hann ekki átt sóknaraðild að dómsmáli til fá úr faðerninu skorið. Er hægt að réttlæta þetta í dag? Hagsmunir föður, sem hefur löngun til

að þekkja barn sitt, hljóta að veða þungt. Barnið er jafn mikið hans og það er barn móðurinnar. Ábyrgð hans er því sú sama og ábyrgð móðurinnar, þ.á m. fjárhagsleg ábyrgð. Eins og barnið hefur hagsmuni af því, í heilsufarslegu tilliti, að þekkja uppruna sinn, getur faðirinn haft það líka, sbr. það sem áður var sagt um framfarir í læknavísindum.

Engin ástæða er til að gera minna úr tilfinningum karla til barna sinna en tilfinningum kvenna. Vegna þjóðfélagsgerðarinnar hafa karlmenn almennt haft færri tækifæri til að vera samvistum við börn sín og rækta tilfinningaleg tengsl við þau. Í ljósi breyttra þjóðfélagshátta og jafnréttisáherslna virðast sjónarmið sem gera tilfinningum móður hærra undir höfði úrelt.

Þjóðfélagið í dag gerir miklar kröfur til jafnréttis á öllum sviðum og krafan um jafnan rétt einstaklinga þykir sjálfsögð. Konur og karlar eiga að vera jöfn fyrir lögum, sbr. 2. mgr. 65. gr. stjkskr. Árið 1995 voru gerðar mikilsverðar breytingar á stjkskr. í samræmi við alþjóðaskuldbindingar Íslands. Sett voru ákvæði í 65. gr. um jafnræði borgaranna og 70. gr. um rétt þeirra til að fá úrlausn um réttindi og skyldur fyrir dómstólum.

Samkvæmt 65. gr. stjkskr. þurfa að liggja málefnaleg rök að baki mismunun. Vaknar því sú spurning hvort mismunun sú sem felst í 43. gr. BL byggir á málefnalegum rökum, þar sem hún verndar sérstaklega hagsmuni kvenna í þessu tilliti, en ekki karla. Ef skoðuð er réttarþróun á þessu sviði, þá miðar hún að því að jafna stöðu barna án tillits til ytri aðstæðna, svo sem hjúskaparstöðu foreldra. Þróunin hefur einnig verið sú að jafna stöðu foreldra gagnvart börnum sínum, með því að styrkja réttarstöðu föður. Þegar þetta er skoðað verður að telja að réttarstaða þriðja manns sé í ósamræmi við eðlilega þróun í jafnréttismálum. Hagsmunum þriðja manns af því að hafa samskipti við barn sitt verður að öllu leyti jafnað við hagsmuni móður.

Hér má einnig benda á að aðildarreglur um véfengingu gefa fjárhagslegum hagsmunum erfingja eiginmanns/sambúðarmanns mikið vægi, með því veita honum aðild að faðernismáli, að eiginmanni/sambúðarmanni látnum. Erfðir hafa því mikið vægi og sýnir þetta, að barn getur einnig haft hagsmuni af því að erfa sinn líffræðilega föður. Með því yrði undirstrikað mikilvægi fjárhagslegra hagsmuna, auk persónulegra og tilfinningalegra hagsmuna.

Samkvæmt 70. gr. stjkskr. eiga menn almennt rétt á að bera mál sín undir dómstóla. Sambærilega reglu er að finna í 6. gr. MSE. Sú takmörkun, sem í 43. gr. BL felst, á aðgangi að dómstólum og þar með takmörkun á réttinum til að fá úrlausn sinna mála, verður að vera byggð á málefnalegum forsendum.

Eins og áður er sagt er um mjög mikilsverða hagsmuni að ræða, bæði fyrir þriðja mann og fyrir barnið, að geta fengið úr því skorið hvort hann sé líffræðilegur faðir þess. Í ljósi þessa verður að telja, að geti maður leitt líkur að því að hann sé faðir barns, eigi takmörkun 43. gr. BL ekki lengur við. Verður að ætla að hann eigi rétt til að bera mál sitt undir dómstóla og fá þar úrlausn þessa.

## 10. Niðurstöður

Íslenskar feðrunarreglur eru sambærilegar við það sem gerist á hinum Norðurlöndunum og að því er virðist í öðrum aðildarríkjum MSE. Mismunurinn virðist fremur tæknilegs eðlis, en að þar sé munur vegna mismunandi sjónarmiða eða mats á hagsmunum. Þetta má sjá af þeim dómum MDE sem við höfum skoðað. Aðeins í einum þeirra, taldi dómstóllinn, að lög aðildarríkis brytu gegn MSE. Þetta var í málinu Kroon gegn Hollandi, þar sem hollensk lög um aðild að véfengingarmáli voru talin leiða til niðurstöðu, sem væri algerlega í andstöðu við líffræðilegan og félagslegan raunveruleika og óskir aðila.

Dómstóllinn hefur litið svo á, að aðildarríkin hafi ákveðið svigrúm við útfærslu samnings-skyldna sinna við lagasetningu. Samkvæmt dómum MDE telst það ekki mismunun, þó aðilar

í sambærilegri stöðu fái ólíka meðferð, ef hún byggist á málefnalegum rökum og telst nauðsynleg í lýðræðisþjóðfélagi. Það hefur hins vegar verið gagnrýnt hvernig MDE metur, hvort aðilar eru í sambærilegri stöðu. Má þar sem dæmi taka Nylund gegn Finnlandi, þar sem aðilar eru ekki taldir í sambærilegri stöðu, þó bæði telji þau sig foreldra sama barnsins, þannig að um mismunun í skilningi 14. gr MSE sé að ræða. Það mat er byggt á því að T er í hjónabandi með þeim réttindum og skyldum sem því fylgja en Nylund ekki. MDE virðist á þessu sviði fastheldinn á gömul gildi og telur friðhelgi fjölskyldunnar, sem einingar, vega þyngra en mikilvægi tengsla barns við líffræðilega foreldra sína.

Það mun vera viðurkennd fræðiskoðun, að í málum sem tengjast viðkvæmum persónulegum málefnum, þá beiti MDE þeirri aðferð, að finna það sem sameiginlegt er löggjöf aðildarríkjanna. Við teljum að það þýði að einstök lönd verði að taka fyrsta skrefið þegar kemur að því að breyta réttarstöðu þriðja manns og karlmanna yfirleitt í feðrunarmálum. Ef til vill má segja að Hæstiréttur Íslands hafi tekið afdrifaríkt skref í þessa átt, með dómi sínum frá 18. desember 2000. Engu að síður er niðurstaðan, sem þar birtist, eðlilegt framhald af réttarþróun síðastliðinna áratuga og í samræmi við ríkjandi viðhorf.

Við teljum ekki ósennilegt að breyting verði á lagaumhverfinu hér á landi, í tengslum við réttarstöðu þriðja manns. Segja má að hlutverk föður í uppeldi og umönnun barna sinna hafi hlotið viðurkenningu samfélagsins í æ ríkari mæli. Endurspeglast þetta m.a. í löggjöf um fæðingar- og foreldraorlof.

Við teljum að faðernisreglan verði áfram góð og gild meginregla, fái þriðji maður, sem leiðir að því líkur að hann sé faðir barns fætt í hjónabandi annarra, möguleika á aðild. Þetta teljum við vera mannréttindi þriðja manns og barnsins. Við teljum þessa hagsmuni vega þyngra en þá hagsmuni sem búa að baki reglunni eins og hún er í dag.

#### Heimildaskrá

1. Davíð Þór Björgvinsson. 1995. *Barnaréttur*. Bókaútgáfa Orators, Reykjavík.
2. Greinargerð með lögum nr. 95/2000 um fæðingar- og foreldraorlof.
3. Frumvarp til laga um breytingu á barnalögum, nr. 20/1992. Flutningsmenn: Össur Skarphéðinsson, Guðmundur Árni Stefánsson, Einar Már Sigurðarson, Ásta R. Jóhannesdóttir. Lagt fram á 125. löggjafarþingi 1999–2000.
4. Dr. Thomas Bull. 2000. Diskriminering och dekonstruktion: Om positiv faderskapstalan. *Tidskrift for Retsvisen*, bls. 693–737.